980 244 213 5

Magaly Vásquez González

DERECHO PROCESAL PENAL VENEZOLANO

abediciones

COLECCIÓN CÁTEDRA

Magaly Vásquez González

DERECHO PROCESAL PENAL VENEZOLANO

Colección
CÁTEDRA

abediciones

CARACAS, 2019

DERECHO PROCESAL PENAL VENEZOLANO
Magaly Vásquez González

Universidad Católica Andrés Bello
Montalbán. Caracas (1020). Apartado 20.3323

Diseño y Producción: **ab**ediciones
Diagramación: Isabel Valdivieso
Diseño de portada: Isabel Valdivieso
Corrección: **ab**ediciones

© Universidad Católica Andrés Bello
Séptima edición, 2019
ISBN: 980-244-213-5
Hecho el Depósito de Ley
Depósito Legal: lf 45919993401590

Impreso en Venezuela
Printed in Venezuela
Por: Impreos Miniprés C.A.

Reservados todos los derechos.
No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información, ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado –electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc.–, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

ÍNDICE

DEDICATORIA 9
ABREVIATURAS UTILIZADAS 11
PRÓLOGO 13
INTRODUCCIÓN 15
I. EL PROCESO Y EL DERECHOPROCESAL PENAL 19
1. Derecho Procesal Penal 20
2. Función 20
3. Caracteres 20
4. Fuentes 21
5. Relación con otras disciplinas 22
6. La Ley Procesal Penal 22
6.1. Interpretación de la ley procesal penal 23
6.1.1. Principios 23
6.1.2. Métodos y formas de la interpretación 24
6.2. Aplicación de la ley procesal penal 24
6.2.1. En el espacio 24
6.2.2. En el tiempo 25
6.2.3. Con relación a las personas 25
II. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL PROCESO PENAL 27
1. Principios del Proceso Penal 27
2. Principios del Derecho Procesal Penal 28
3. Regulación en el Copp 29
3.1. Garantías procesales 29
3.1.1. Juicio previo y debido proceso 29
3.1.2. Ejercicio de la jurisdicción 31
3.1.3. Participación ciudadana 31
3.1.4. Autonomía e independencia de los jueces 35
3.1.5. Autoridad del juez 36
3.1.6. Obligación de decidir 36
3.1.7. Jueces naturales 37
3.1.8. Presunción de inocencia 37
3.1.9. Afirmación de la libertad 38
3.1.10. Respeto a la dignidad humana 39
3.1.11. Oficialidad, legalidad procesal y oportunidad 39
3.1.12. Defensa e igualdad 40
3.1.13. Finalidad del proceso 42
3.1.14. Contradicción 42
3.1.15. Supremacía del texto constitucional 43

3.1.16. Nueva persecución penal 43
3.1.17. Cosa juzgada 44
3.1.17.1. Requisitos de la garantía 45
3.1.18. Apreciación de las pruebas 45
3.1.19. Protección de las víctimas 46
3.2. Principios del procedimiento 46
3.2.1 Oralidad 46
3.2.2. Publicidad 47
3.2.2.1. Publicidad y medios de prensa 48
3.2.3. Inmediación 49
3.2.4. Concentración 50

III. RÉGIMEN DE LA ACCIÓN PENAL 51
1. La acción penal 52
2. Obstáculos al ejercicio de la acción penal 55
2.1. Excepciones 55
2.2. Juzgamiento de altos funcionarios y altas funcionarias 60
3. Extinción de la acción penal 60
4. La acción civil 61

IV. ALTERNATIVAS A LA PROSECUCIÓN DEL PROCESO 65
1. Principio de oportunidad 65
1.1. Clasificación 66
1.2. Supuesto especial 68
1.3. Control jurisdiccional 71
2. Acuerdos reparatorios 73
2.1. Antecedentes 73
2.2. Procedencia 75
2.2.1. Acuerdo entre imputado y víctima 75
2.2.2. Bienes jurídicos disponibles de carácter exclusivamente patrimonial o delitos culposos 77
2.2.2.1. Noción de bien jurídico 77
2.2.2.2. Disponibilidad 78
2.2.2.3. Contenido patrimonial 79
2.2.2.4. Delitos culposos 79
2.3. Objeciones 80
2.4. Oportunidad procesal 81
3. Suspensión condicional del proceso 81

V. LOS SUJETOS PROCESALES 87
1. Clasificación 88
2. Tribunal 89
3. Ministerio Público 90
3.1 Organización 91
3.2 Atribuciones 92

4. Órganos de policía de investigaciones penales....94
4.1 Principios de actuación:....96
5. Imputado....97
5.1. Tratamiento Jurisprudencial....100
5.2. Derechos....104
5.3. Tiempo y forma de la declaración....115
5.4. Garantías....115
6. Defensor....116
6.1. Requisitos....117
6.2. Revocatoria y excusas....117
6.3. Inhabilidades....118
7. La víctima....118
8. Auxiliares de las partes....122
8.1. Asistentes no profesionales....122
8.2. Consultores técnicos....122

VI. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA....123
1. Competencia territorial....124
1.1. Regla general....124
1.2. Excepciones al principio de la territorialidad....125
1.3. Extraterritorialidad....130
2. Competencia material....131
3. Competencia personal....132
3.1. La condición de alto funcionario....132
3.2. Minoría de edad....132
4. Competencia por conexión....133
5. Modo de dirimir la competencia....134
6. Competencia subjetiva....135
6.1 Sistemas....136
6.2 Formalidades y procedimiento....137
7. Jurisdicción penal internacional....139

VII. ACTOS PROCESALES Y ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA....145
1. Definición....145
2. Clasificación de los actos procesales....146
3. Principios generales....146
4. Comunicación de los actos procesales....148
5. Actividad procesal defectuosa....149
5.1. Saneamiento....150
5.2. Convalidación....150
5.3. Nulidad....150
5.3.1. Clasificación....155
5.3.2. Nulidad e inadmisibilidad....157

VIII. RÉGIMEN PROBATORIO 159
1. Principios 160
2. Clasificación 160
3. Carga de la prueba 161
4. Sistemas de apreciación de la prueba 161
5. Actos de investigación y actos de prueba 162
6. Requisitos de la actividad probatoria 163
7. Medios de Prueba 169
7.1. Testimonio 169
7.1.1. Obligación de concurrir a declarar y excepciones 169
7.1.2. Clases de Testigos 171
7.1.3. Reconocimientos 171
7.1.4. Careo 172
7.2. Experticia 172
7.3. Documentos 174
7.4. Confesión 174
8. Comprobación del hecho en casos especiales 175
9. Pruebas anticipadas 176
IX. MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL 179
1. Aprehensión en caso de flagrancia 185
2. Privación judicial preventiva de libertad 186
3. Medidas cautelares sustitutivas 189
3.1. Caución real 191
3.2. Fianza personal 192
3.3. Caución juratoria 192
4. Exigencias Comunes y Revocatoria 192
5. Examen y revisión de las medidas cautelares 193
X. EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO 195
XI. FASE PREPARATORIA 197
1. Inicio del proceso 197
2. Objeto 198
3. Relación Ministerio Público-Policía 199
4. Alcance 200
5. Límites en la actuación del Ministerio Público 200
6. Carácter reservado de las actuaciones 201
7. Duración 203
8. Actos conclusivos 206
8.1. Archivo fiscal 206
8.2. Sobreseimiento 207
8.2.1. Clasificación 207
8.2.2. Causales 209
8.2.3. Requisitos 211

8.2.4. Oportunidad procesal 212
8.2.5.Efectos 213
8.2.6. Recursos 213
8.3. Acusación 213

XII. FASE INTERMEDIA 217

1. Facultades y cargas de las partes previas a la audiencia preliminar 219
2. Carácter contradictorio de la audiencia preliminar 222
3. Sistemas de control de la acusación 222
4. Determinación del objeto del juicio 224
5. Auto de apertura a juicio 225
6. Otras decisiones 225

XIII. FASE DE JUICIO 227

1. Preparación del debate 227
2. Desarrollo del debate 228
2.1. Orden en la recepción de las pruebas 229
2.2. Clausura del debate 231
2.3. Retiro de la acusación 231
3. Deliberación y sentencia 232

XIV. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES 235

1. Procedimiento para el juzgamiento de los delitos menos graves 235
2. Procedimiento abreviado 243
3. Procedimiento por admisión de los hechos 246
3.1. Delitos en los que procede 247
3.2. Oportunidad procesal 247
3.3. Requisitos de la admisión 248
3.4. Recursos 248
4. Procedimiento en los juicios contra el Presidente de la República y otros altos funcionarios del Estado 249
5. Procedimiento de extradición 252
6. Procedimiento en los delitos de acción dependiente de instancia de parte 254
7. Procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad 258
8. Procedimiento para la reparación del daño y la indemnización de perjuicios 259
9. Procedimiento de faltas 262

XV. RECURSOS 265

1. Legitimación 266
2. Clasificación 266
2.1. Según el órgano que los resuelve 266
2.2. Por su naturaleza 266
3. Efectos 266
4. Régimen del COPP 267
4.1. Disposiciones generales 267

4.2. Revocación....269
4.3. Apelación....270
4.3.2. Apelación de la sentencia definitiva....271
4.3.2.1. Interposición y trámite....275
4.4. Casación....277
4.4.1. Motivos....278
4.4.2. Interposición y trámite....279
4.4.3. Efectos de la decisión....280
4.4.3.1. Con lugar....280
4.4.3.2. Sin lugar....281
4.5.1. Naturaleza jurídica....282
4.5.2. Legitimados....283
4.5.3. Formalidades....283
4.5.4. órgano competente para declararla....284
4.5.5. Trámite....284
4.5.6. Efectos....285

XVI. LA EJECUCIÓN PENAL....287

1. Naturaleza jurídica....287
2. Fuentes....288
3. Principios que rigen la ejecución penal....289
4. Competencia....290
5. Ejecución de la pena....291
5.1. Pena privativa de libertad....291
5.2. Multa....292
5.3. Inhabilitación....292
5.4. Indulto....292
5.5. Perdón del ofendido....293
6. Fórmulas Alternativas al Cumplimiento de la Pena....293
6.1. Régimen progresivo....293
6.2. Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena....296
6.3. Redención de la Pena por el Trabajo y el Estudio....297
6.4. Disposiciones Generales....298
6.5. Confinamiento....298
7. Ejecución de medidas de seguridad....299
8. Ejecución civil....299

BIBLIOGRAFÍA....301

DEDICATORIA

A mis hijos, mis padres y mi esposo, por el tiempo que les debo.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

art.	artículo
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CEC	Código de Enjuiciamiento Criminal
CICPC	Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas
COJM	Código Orgánico de Justicia Militar
COPE	Código Orgánico Penitenciario
COPP	Código Orgánico Procesal Penal
CP	Código Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
CRBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
DDHH	Derechos Humanos
G.O.	Gaceta Oficial
LCC	Ley Contra la Corrupción
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público
LOD	Ley Orgánica de Drogas
LOPNNA	Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes
LOSDMVLV	Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida libre de Violenccias
Num.	numeral
ord.	ordinal
PDCP	Pacto de Derechos Civiles y Políticos
ss.	siguientes
TCE.	Tribunal Constitucional Español

PRÓLOGO

Magaly Vásquez González, profesora de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y partícipe activa en la elaboración del Código Orgánico Procesal Penal que entró en vigencia el 1° de julio de 1999, nos ofrece en este oportuno libro una obra didáctica para conocer académicamente este nuevo Código.

La justicia penal venezolana se enfrenta ante un reto por el cambio profundo en su administración. Se pasa de un sistema inquisitivo a uno acusatorio con la participación de más actores responsables en la trayectoria del juicio penal. Al pasar de un juicio escrito a uno oral se hace imprescindible aprender oratoria forense y lógica jurídica. Lo nuevo hay que conocerlo, estudiarlo, profundizarlo a través de todos los medios serios que estén a nuestro alcance: libros, conferencias, jornadas, talleres, intercambio de opiniones, etc. Nuestros abogados, jueces, fiscales, entre otros, tienen la gran responsabilidad de familiarizarse con el nuevo Código, de allí que esta obra puede constituir un gran aporte.

La participación de varios sujetos en los juicios, la conformación de tribunales mixtos o de jurados, ojalá no lleve a un detrimento en la administración de justicia cuando entren intereses ideológicos, religiosos, sociales y de otro orden, que desnivelen la balanza y enturbien las decisiones, sobre un ser humano con derecho a la libertad. No podemos permitir el regreso, como en muchos casos, a la injusticia de la justicia penal, pero en esta oportunidad una injusticia coparticipada.

Este cambio en el Derecho Penal adjetivo tiene que llevar necesariamente a un nuevo Derecho Penal sustantivo, cuyo Código es una pieza arqueológica que duerme el sueño del olvido. La lentitud en los cambios del ordenamiento jurídico penal hace que tengamos una legislación penal con acentuados altibajos.

La profesora Magaly Vásquez González da prestigio a la Facultad de Derecho, no sólo como la Directora de su Escuela, sino por su aporte a la ciencia jurídica con esta obra, fruto del saber y de la investigación, escrita con maestría por la agilidad de estilo, la claridad de exposición y el rigor científico. Felicito a la joven autora por su brillante carrera en el área del Derecho Penal.

Fernando Pérez-Llantada, S.J. (+)
Julio 1999

INTRODUCCIÓN

El fin del procedimiento penal es la averiguación de la verdad (GOLDSCHMIDT) lo cual puede obtenerse por dos vías distintas: que el juez proceda de oficio a investigar y recoger el material que le permite tener el conocimiento de los hechos (sistema inquisitivo) o que se limite sólo a juzgar dejando a las partes o a otro órgano del Estado (Ministerio Público) esa labor (sistema acusatorio). Esta segunda alternativa fue la acogida por el legislador venezolano que, siguiendo los lineamientos del movimiento de reforma procesal penal latinoamericano, desarrolló en el COPP un sistema procesal que procura la imparcialidad y justicia del proceso, evitando la concentración de funciones (investigación, acusación y decisión) en un único funcionario; en tal virtud se estableció en el citado texto adjetivo, la sustitución de la instrucción del sumario por parte de los jueces de la causa y de los funcionarios policiales, proponiendo la investigación preparatoria a cargo del fiscal del Ministerio Público (fase preparatoria), la implantación de una fase intermedia con la celebración de una audiencia preliminar ante un órgano judicial (juez de control) en la que se controla la acusación, se precisa el objeto del proceso y la posterior elevación a juicio ante un tribunal (de juzgamiento) distinto a aquél que ha intervenido en las fases anteriores.

Esta situación a la que indudablemente no puede darse el calificativo de "reforma", toda vez que conllevó a la sustitución de un sistema procesal penal por otro radicalmente distinto, es la que hizo surgir la necesidad de referirnos al alcance de algunas de sus instituciones básicas, entre ellas destaca el rol que a partir de la entrada en vigencia del nuevo sistema a partir del 1º de junio de 1999, asumió cada uno de los sujetos procesales involucrados, lo que ha permitido que las tres funciones básicas del proceso: acusar, defender y decidir, se desconcentren en sujetos distintos y con ello se concrete la aplicación de un sistema predominantemente acusatorio.

Este aporte, que no tiene la pretensión de ser un manual, procura destacar la importancia de la materia, vista desde el ángulo de alguien que tuvo la oportunidad de participar activamente en este proceso de cambio, dado su carácter de asesora de la Comisión Legislativa del Congreso de la República, órgano al que correspondió la discusión e inicial aprobación del citado instrumento normativo.

La versión que ahora se presenta recoge gran parte de las modificaciones o limitaciones establecidas al COPP con ocasión de la vigencia de un nuevo texto constitucional y las reformas parciales experimentadas en agosto de 2000, en noviembre de 2001, en octubre de 2006, en agosto de 2008, en septiembre de 2009 y en junio de 2012; esta última inconstitucionalmente concretada a través de un Decreto-Ley.

A grandes rasgos puede adelantarse que la Constitución de 1999 constitucionalizó algunos principios ya desarrollados por el COPP (tal es el caso de la oralidad, la participación ciudadana en la administración de justicia y la obligación del Estado de procurar que las víctimas de delitos comunes obtengan una reparación por el daño causado), pero al mismo tiempo restringió el número de posibles limitaciones a la libertad personal con ocasión de un proceso penal. Este último punto, en el que más han incidido las reformas parciales al COPP de los años 2000 y 2001 desnaturalizó, en buena medida, el fin procesal de la privación de la libertad como medida cautelar. En la reforma de octubre de 2006, se corrigieron algunas de las limitaciones incorporadas en el año 2001 en materia de ejecución penal, que claramente habían constituido una violación al principio de progresividad en materia de derechos fundamentales, en la reforma de agosto de 2008 se efectúan algunas precisiones, entre otros temas, en lo relativo al régimen de citaciones y notificaciones, al principio de proporcionalidad de las medidas de coerción personal y al procedimiento de extradición activa, y en la reforma de septiembre de 2009, se incorporan al derecho positivo algunos criterios jurisprudenciales, se modifican supuestos de procedencia de las alternativas a la presecución del proceso, se regula el trámite para el resguardo de la cadena de custodia y, en materia de procedimientos especiales, se modifican aspectos relativos a la extradición y al procedimiento por admisión de los hechos.

El 12 de junio de 2012 el Presidente de la República en Consejo de Ministros aprueba el Decreto Nº 9.042, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de ley del Código Orgánico Procesal Penal, el 15 de junio la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declara la constitucionalidad del carácter orgánico de tal Decreto-Ley y en la misma fecha se publicó en Gaceta Oficial la sexta reforma al COPP, concretándose con ello una violación constitucional por tratarse de un acto de legislación delegada que incide directamente en derechos fundamentales de los ciudadanos que infringe la garantía de ley formal.

En la aludida reforma, entre otros aspectos, se modifica el derecho de la víctima a ser notificada de las decisiones que se adopten en el marco del proceso restringiéndolo a ser informada de los avances y resultados "cuando lo solicite"; se excluye a las asociaciones de defensa de los derechos humanos de la lista de legitimados para "presentar querella contra funcionarios o funcionarias, o empleados públicos o empleadas públicas, o agentes de las fuerzas policiales, que hayan violado derechos humanos en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas"; se suprime la intervención de los escabinos como integrantes del tribunal de juicio y con ello la participación ciudadana en la administración de justicia penal; se elimina el derecho del imputado "solicitar que se declare anticipadamente la improcedencia de la medida de privación de libertad"; se suprime la limitación de horario para tomar declaración al imputado; se declara la renuncia de la defensa por la inasistencia (sin importar la justificación) a dos actos procesales; se elimina la previsión según la cual la duración de una medida de coerción personal no puede exceder la pena mínima prevista para el delito; se elimina la dependencia funcional de la policía respecto del Ministerio

Público, por tanto aquella podrá informar directamente a los jueces el resultado de las diligencias realizadas, fortaleciéndose con ello el rol de la policía, que fue, precisamente, una de las perversiones del sistema anterior; se contempla la posibilidad de realizar el juicio sin la presencia del acusado "contumaz" (quien, se entiende, renuncia a su derecho a ser oído) y se permite la disposición de sus bienes y se faculta al juez para limitar la publicidad de los juicios.

A la regresión que implica la aludida reforma, se suman las previsiones del Código Orgánico Penitenciario (COPE) que merman las atribuciones de los jueces de primera instancia en funciones de ejecución y diversos fallos judiciales que limitan notablemente la actuación del Ministerio Público como sujeto procesal que, en nombre del Estado, está llamado a ejercer la acción penal.

Magaly Vásquez González

mayo, 2019

EL PROCESO Y EL DERECHO PROCESAL PENAL

El proceso

> constituye una serie encadenada de actos dirigidos hacia una finalidad, que se concretan en la reconstrucción metodológica de un suceso, lo cual supone un orden lógico de aprehensión valorativa desde la posibilidad, pasando por la probabilidad, para finalmente arribar a la certeza sobre su comisión, su carácter delictivo, la imputación y responsabilidad que pueda predicarse, así como los efectos civiles derivados del hecho, o en caso contrario, establecer la inocencia del sindicado, aún en términos de posibilidad en aplicación del principio *in dubio pro reo*[1].

También se ha definido el proceso como "el desarrollo de particulares relaciones jurídicas entre el órgano sancionador y el procesado o demandado, para buscar la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las partes que en él intervienen…"[2]

La referencia a que el proceso penal está constituido por una sucesión de actos dirigidos a la concreción del Derecho Penal material y que tales actos están a cargo de los sujetos procesales, sólo nos proporciona una idea de su aspecto externo, pues sobre la naturaleza jurídica de tal sucesión de actos, la doctrina ha manejado varias tesis:

El proceso como *relación jurídica* que se desarrolla entre el juez y las partes (acusador y acusado). Esta tesis adquiere aplicación en el marco de un sistema acusatorio en el cual el juez se convierte en un árbitro que resuelve el conflicto planteado entre las partes. En el sistema inquisitivo difícilmente podría concretarse esta relación, por cuanto el juez se involucra en el conflicto, es decir, asume el rol de acusador.

El proceso como *situación jurídica* que se concreta por los actos que las partes realizan ante el juez; por tanto, el proceso estaría conformado como una serie de situaciones producidas por los actos procesales de los sujetos del proceso, con la finalidad de mejorar su situación hacia la sentencia favorable, que van generando expectativas e incertidumbre que sólo terminan en la situación unitaria y final que es la sentencia[3].

---

1 BARRETO ARDILA, Hernando y BARRETO ARDILA, Blanca (97). *Principios de Derecho Penal. Límites a las funciones legislativa y judicial.* Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Santa Fé de Bogotá, Colombia. p. 65.

2 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-521 del 19 de septiembre de 1992. Cit. BARRETO ARDILA. ob. cit. p. 66.

3 MORAS MON, Jorge (97). *Manual de Derecho Procesal Penal.* Cuarta Edición. Reimpresión. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. p. 42.

1. Derecho Procesal Penal

Su definición, a diferencia de lo que sucede con el Derecho Penal material, debe partir de su objeto y no de la estructura o términos de sus normas, por tanto puede ser definido como la rama del ordenamiento jurídico que disciplina el comportamiento de los sujetos que intervienen en el proceso penal y organiza los órganos estatales a quienes corresponde la función penal, en orden a que se concrete el derecho penal sustantivo.

2. Función

El Derecho Procesal Penal tiene una doble función: formal y material. La función *material* posibilita la realización del Derecho Penal material, pues constituye el mecanismo para hacer efectiva la consecuencia jurídica prevista en la norma penal; incluso, conforme a las previsiones del Código adjetivo venezolano, podría afirmarse que también permite la concreción del Derecho Civil, pues a tenor de lo dispuesto en los artículos 23 y 120 del COPP, uno de los objetivos del proceso penal es la reparación del daño causado a la víctima del delito; también tiene como función la protección personal no sólo de la colectividad que siempre resulta afectada por la comisión de un hecho punible, sino incluso para el propio imputado, pues el proceso constituye un límite para el Estado en el ejercicio de su función punitiva; como consecuencia de lo anterior el Derecho Procesal penal propicia la recomposición de la paz y seguridad jurídica.

Desde el punto de vista *formal*, el Derecho Procesal penal dispone el modo, tiempo y forma de realización de los actos procesales, sus consecuencias jurídicas, la competencia de los órganos estatales y facultades de los particulares.

3. Caracteres

a. Público. Al igual que el Derecho Penal material, el Derecho Procesal Penal pertenece al ámbito del Derecho Público, pues la persecución penal corresponde a órganos oficiales; en el caso del COPP, al Ministerio Público y a los órganos de policía de investigaciones penales.

El carácter público ha sido una nota permanente en el proceso penal; no obstante, la incorporación que se ha verificado de instituciones tendientes a privatizar el conflicto, devolviéndoselo a sus actores principales (víctima e imputado) tiende a suavizar tal característica.

b. Instrumental, pues es el mecanismo para lograr la aplicación del Derecho Penal material (*nulla poena sine iuditio*). Sólo a través de la sucesión de actos de que está

conformado el proceso penal, puede efectuarse la imposición de la pena prevista en la norma sustantiva como consecuencia de la comisión de un delito.

c. Interno. Las normas procesales son aplicables a quienes hayan cometido un delito o falta en el territorio de la República y, eventualmente a hechos cometidos fuera del territorio geográfico nacional pero respecto de los cuales los tribunales venezolanos tienen jurisdicción por haberse perpetrado en espacios que jurídicamente se consideran integrantes del territorio nacional[4].

d. Formal o Adjetivo. Regula el trámite para la solución de los conflictos penales.

4. Fuentes

La Constitución venezolana vigente desde diciembre de 1999, constitucionalizó algunos principios del proceso penal[5] –tal es el caso, entre otros, de la oralidad, la publicidad y la participación ciudadana en la administración de justicia– y contempló un amplio desarrollo de la garantía del debido proceso, con lo que se constituyó en una fuente directa del Derecho Procesal Penal.

También la ley (*nulla poena sine iuditio*) es fuente directa del Derecho Procesal Penal, pues a tenor de lo previsto en el numeral 32 del art. 156 de la Constitución, es competencia del Poder Nacional, la legislación de procedimientos. Tal competencia sólo puede concretarse a través de la ley formal, esto es, aquella que ha sido sometida al procedimiento de formación de las leyes desarrollado constitucionalmente (art. 202 y ss.)

La jurisprudencia, entendida como la doctrina sentada por los tribunales en numerosos fallos sobre un determinado punto de derecho. La doctrina, como las opiniones científicamente fundadas de los científicos del Derecho Procesal Penal, y la costumbre, como comportamiento reiterado a que a lo largo del tiempo la sociedad ha concretado, bajo la creencia de su obligatoriedad, sólo pueden considerarse a los meros fines interpretativos, salvo que se trate de la interpretación de normas y principios constitucionales realizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en atención a lo previsto en el art. 335 de la Constitución.

La analogía, que permitiría la aplicación de una norma que regula un caso semejante, no está proscrita del Derecho Procesal Penal.

4 En este sentido dispone el artículo 3 del Código Penal venezolano, que todo el que cometa un delito o falta en el espacio geográfico de la República, será sancionado con arreglo a la ley venezolana.

5 El artículo 257 Constitucional prevé que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia y que las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público.

5. Relación con otras disciplinas

Es innegable la vinculación del Derecho Procesal Penal con otras ramas jurídicas y no jurídicas, de allí que es frecuente que el juez, como intérprete natural de la norma, deba acudir a las primeras en la búsqueda de explicación a los asuntos procesales penales. Entre las ramas del ordenamiento jurídico más directamente vinculadas con el Derecho Procesal Penal destacan:

a. El Derecho Penal sustantivo en la medida en que permite su concreción. Con razón indica BELING que el Derecho Penal no le toca un solo pelo al delincuente[6].

b. El Derecho Constitucional, pues el sistema procesal desarrollado legalmente tiene su fundamento en el texto constitucional. Así se aprecia de la regulación del ejercicio de la acción penal, de varios principios y garantías procesales, y de disposiciones relativas a la protección y reparación a la víctima del delito, entre otras.

c. El Derecho Administrativo, dado que esta rama del derecho es la que regula las facultades disciplinarias de los jueces y es la encargada de fijar las reglas de organización judicial y de otros órganos públicos que intervienen en el proceso penal, como es el caso de los órganos de policía.

d. El Derecho Procesal Civil, dada la naturaleza adjetiva de ambas ramas del ordenamiento jurídico y, por otra parte, normas del Código de Procedimiento Civil como las referidas a la ejecución civil o medidas cautelares sobre bienes, son aplicadas de manera supletoria en el proceso penal. Como afirma CLARIA OLMEDO[7], la comunidad que existe entre ambas ramas procesales, explica y justifica la marcada tendencia unificadora.

e. Con el Derecho Internacional, así se advierte de las normas que regulan la aplicación extraterritorial de la ley penal, en el procedimiento de extradición y lo relativo a las inmunidades diplomáticas, entre otros aspectos.

6. La Ley Procesal Penal

En razón del principio nullum crimen nulla poena sine proceso legal, es la ley la que fija el cómo y quién de la actuación judicial. De ello se deriva la distinción entre leyes estáticas y dinámicas; las primeras están referidas a la organización y regulación de la composición del Tribunal, fijan su competencia y funcionamiento en razón de las diferentes instancias –tal es el caso de las previsiones contempladas en los artículos 108 al 110 del COPP– en tanto que las segundas regulan el proceso como medio de actuación.

6 Cfr. MAIER, Julio (96). *Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición. Tomo I. Fundamentos. Edit. Del Puerto. p. 84.

7 CLARIA OLMEDO, Jorge (98). *Derecho Procesal Penal,* Tomo I, actualizado por Jorge A. Vazquez Rossi, Rubinzal-Culsoni editores, Buenos Aires, Argentina. p. 51.

6.1. Interpretación de la ley procesal penal

Interpretar significa buscar el sentido y alcance de la norma en orden a aplicarla al caso concreto. En algunos casos ese sentido y alcance no se deduce claramente de la previsión legal lo cual implica que en defecto del elemento literal debe el intérprete, en atención a lo dispuesto en el artículo 4 del Código Civil, acudir al espíritu del legislador.

6.1.1. Principios

Principios formales:

a. Plenitud del orden jurídico. Conforme a este principio el ordenamiento jurídico debe estar en capacidad de ofrecer solución a todos los conflictos sociales que se sometan a su consideración, por tanto no cabría afirmar la presencia de lagunas. En desarrollo de este principio dispone el artículo 6 del COPP que los jueces y juezas no podrán abstenerse de decidir so pretexto de silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad en los términos de las leyes, y el artículo 206 del Código Penal al tipificar el delito de denegación de justicia prevé multa de cincuenta a un mil unidades tributarias para todo funcionario público que bajo cualquier pretexto, aunque fuere el de silencio, oscuridad, contradicción o insuficiencia de la ley, omita o rehúse cumplir algún acto de su ministerio.

b. Coherencia del orden jurídico. Se afirma la inexistencia de contradicciones en el ordenamiento jurídico, ello implica que no puede el intérprete escudarse en la concurrencia de varias soluciones normativas para el mismo caso. A tales efectos se han formulado las siguientes reglas:

1. La ley superior priva sobre la jerárquicamente inferior. Por tanto, las leyes ordinarias están sujetas a las previsiones de las leyes orgánicas y todo el sistema normativo a la Constitución.

2. La ley posterior priva sobre la anterior. En atención a lo previsto en el artículo 7 del Código Civil las leyes sólo se derogan por otras leyes y la ley es obligatoria desde su publicación en la Gaceta Oficial o desde la fecha posterior que ella misma indique (artículo 1° ejusdem).

3. La ley especial se aplica con preferencia a la ley general en la medida en que la primera contempla excepciones a la regulación de la segunda.

Principios Materiales:

La Constitución en cuanto a norma suprema sienta una serie de principios que sirven de límite a la actividad represiva del Estado y por tanto, orientan la interpretación de las normas procesales penales, entre estos principios destacan el juicio previo, la presunción de inocencia, el principio de defensa, y, el principio de libertad durante el proceso.

6.1.2. Métodos y formas de la interpretación

a. Interpretación literal o gramatical. En atención a lo dispuesto en el artículo 4 del Código Civil, a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, es decir, en primer término debe acudirse a la interpretación literal o gramatical. Dispone la misma norma que cuando tal modalidad de interpretación no es suficiente debe buscarse el espíritu del legislador, pues los antecedentes de la norma si bien no determinan su resultado –pues las leyes se dictan para regir hechos futuros– orientan en la interpretación de la misma.

b. Restrictiva y extensiva. Es un principio general también aplicable al Derecho Procesal Penal, que toda norma que establece privilegios en cuanto excepción al principio de igualdad, debe ser interpretada restrictivamente, en tanto que las descriptivas de derechos y facultades se deben interpretar extensivamente. En este sentido dispone el artículo 233 del COPP que todas las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado o imputada, limiten sus facultades y las que definen la flagrancia, serán interpretadas restrictivamente.

c. Según los sujetos la interpretación puede ser auténtica, judicial o doctrina, la primera es realizada por el propio legislador en el texto de la norma y por tanto tiene carácter vinculante, ejemplo de ello lo constituyen las definiciones contempladas en los artículos 113, 121, 126 y 234 del COPP, entre otros. La interpretación judicial es realizada por el juez en su condición de intérprete natural de la norma y, por regla general, sólo es obligatoria en el caso concreto, salvo que se trate de la interpretación realizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, las cuales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, en atención a lo dispuesto en el artículo 335 Constitucional. Por su parte, la interpretación doctrinal tiene un importante valor en la orientación del intérprete pero en ningún caso carácter obligatorio.

6.2. Aplicación de la ley procesal penal

6.2.1. En el espacio

La ley penal material rige sólo para los hechos punibles cometidos en el espacio geográfico de la República (art. 3 CP). Si bien la norma vigente (desde 2005) utiliza la expresión "espacio geográfico" y no "territorio" como lo hacía el derogado artículo 3, el espacio a que alude el citado artículo abarca no sólo el geográfico, que a tenor de lo previsto en el art. 11 de la Constitución comprende los espacios continental e insular, lacustre y fluvial, mar territorial, áreas marinas interiores, históricas y vitales y las comprendidas dentro de las líneas de base recta que ha adoptado o adopte la República; el suelo y subsuelo de éstos; el espacio aéreo continental, insular y marítimo

y los recursos que en ellos se encuentran, incluidos los genéticos, los de las especies migratorias, sus productos derivados y los componentes intangibles que por causas naturales allí se encuentren, sino también el jurídico que abarca los hechos cometidos a bordo de las naves y aeronaves de guerra, las naves mercantes y las aeronaves civiles, en los casos previstos en la ley, la ley procesal penal también tiene el mismo ámbito de aplicación. Dentro de ese ámbito territorial los jueces venezolanos tienen jurisdicción, esto es, la potestad de administrar justicia, sin embargo, tal jurisdicción por razones operativas ha dado lugar a diferentes competencias, así en el caso de la materia penal, se le ha atribuido a los jueces penales con competencia en el territorio donde el hecho punible se cometió (arts. 58 al 60 del COPP).

En los casos de hechos punibles cometidos fuera del territorio de la República que puedan ser enjuiciados en Venezuela conforme a lo previsto en el art. 4 del CP, siempre que fueren de acción pública, deberá el Ministerio Público proponer la respectiva acción penal, siendo competente para el juzgamiento el tribunal expresamente designado por la ley o, el que ejerza la jurisdicción en el lugar donde esté situada la última residencia del imputado; y, si éste no ha residido en la República, será competente el del lugar donde arribe o se encuentre para el momento de solicitarse el enjuiciamiento.

6.2.2. En el tiempo

La ley procesal contiene disposiciones estáticas y dinámicas, igual que contiene normas de organización. La ley procesal estática determina el principio del juez natural (aquél llamado por la ley previamente a decidir), en tanto que las disposiciones dinámicas conllevan a la aplicación inmediata de la nueva ley de esta naturaleza, incluso a los procesos penales en curso.

Conforme a lo previsto en el art. 24 Constitucional, las leyes de procedimiento deben aplicarse desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; no obstante, en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas deben estimarse, en cuanto beneficien al reo o a la rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Visto que la ley procesal penal se aplica a los procesos en curso para la fecha de su entrada en vigencia, la ley debe establecer los mecanismos que permitan conectar el anterior con el nuevo proceso. A tales efectos, el COPP reguló en su Libro Final el régimen transitorio que permitió hacer efectiva la norma constitucional.

6.2.3. Con relación a las personas

Dado que en razón del principio de no discriminación (art. 21 CRBV) la ley penal debe aplicarse por igual a todos los ciudadanos que en territorio venezolano cometan un hecho punible (art. 3 CP), el proceso penal como mecanismo para hacer efectiva la aplicación del derecho penal material, debe responder al mismo principio; sin

embargo, la ley, en consideración al ejercicio de ciertas funciones públicas que podría exponer a su titular a procesos frecuentes, irreflexivos y con el solo fin de obstaculizar el ejercicio de su labor, ha previsto una serie de trámites o condiciones de procedibilidad que permiten el enjuiciamiento del funcionario sólo una vez que tales requisitos se han concretado, con ello no se procura establecer prerrogativas en consideración a la persona que ejerce el cargo, sino proteger el cabal ejercicio de la función.

La edad también ha sido un criterio determinante para flexibilizar el principio de igualdad ante la ley penal, de allí que la LOPNNA haya previsto un procedimiento inspirado en la mayoría de los principios contemplados en el COPP para la determinación de la responsabilidad penal del adolescente, aun cuando el proceso está a cargo de funcionarios especializados y el juicio tiene una finalidad educativa (arts. 528 y 543 de la Ley)

PRINCIPIOS INFORMADORES DEL PROCESO PENAL

II

1. Principios del Proceso Penal

Según GIMENO SENDRA et Al[1], los principios del proceso se pueden sistematizar en tres grandes grupos:

1. Principios de Derecho Judicial Orgánico específicos de la jurisdicción penal, que vienen integrados por los de participación popular en la justicia penal o principio del juez lego y el del juez legal o natural.
2. Principios del Proceso
    a) Relativos a la estructura del proceso
        - Contradicción
        - Igualdad
    b) Relativos al objeto del proceso
        - Legalidad-Oportunidad
        - Acusatorio-Inquisitivo
    c) Relativos a la introducción de los hechos
        - Aportación
        - Investigación
    d) Relativos a su valoración
        - Prueba libre
        - Prueba tasada
    e) Relativos al régimen de los recursos
        - Única
        - Doble instancia
3. Principios del Procedimiento
    a) Atinentes a la forma de los actos procesales
        - Oralidad
        - Escritura
    b) Atinentes a la relación del órgano jurisdiccional con el objeto procesal
        - Inmediación
        - Mediación

1 GIMENO SENDRA et al (87) *Derecho Procesal*, Tomo II. Vol. I. El Proceso Penal (1). Tirant Lo Blanch derecho, Valencia, España. p. 41.

c) Atinentes a la comunicación de las actuaciones
   - Publicidad
   - Escritura

d) Atinentes a la celeridad del procedimiento

2. Principios del Derecho Procesal Penal

Por su parte, ROXIN[2], refiriéndolos al Derecho Procesal Penal alemán propone la siguiente clasificación:

1. Principios de la iniciación del procedimiento
   a) El principio de la persecución penal por el Estado (principio de oficialidad)
   b) El principio acusatorio
   c) La obligación de perseguir y acusar (el principio de legalidad) y
   d) El principio del Juez establecido por la ley
2. Principios de la realización del procedimiento
   a) El principio de investigación (principio de instrucción, principio de averiguación y principio de la verdad material)
   b) El principio de ser oído conforme a la ley
   c) El principio de celeridad; para el juicio oral, el principio de concentración
3. Principios probatorios
   a) El principio de investigación
   b) El principio de inmediación de la producción de la prueba
   c) El principio de la libre valoración de la prueba; y
   d) El principio *in dubio pro reo*
4. Principios referidos a la forma
   a) Oralidad
   b) Publicidad

El COPP, en su Título Preliminar, desarrolla la mayoría de los principios clasificados por la doctrina. De la clasificación propuesta por GIMENO SENDRA et al, sólo se excluye los principios relativos al régimen de los recursos, en tanto que de la aportada por ROXIN, omite el principio de *in dubio pro reo*; no obstante, la garantía de la doble instancia y el *in dubio pro reo* forman parte del ordenamiento procesal penal interno al estar contempladas en el texto constitucional y en pactos de Derechos Humanos ratificados por Venezuela.

2 ROXIN, Claus (2000). *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25a. Edición, Editores del Puerto, S.R.L., Buenos Aires, Argentina. p. 77.

3. Regulación en el COPP

Si bien el proceso penal tiene por finalidad la búsqueda de la verdad material, esa verdad no puede obtenerse a toda costa, de allí la necesidad de plasmar positivamente una serie de garantías para los sujetos procesales intervinientes, y, entre ellos, fundamentalmente para el imputado, es este el fundamento de la recepción en el Título Preliminar del COPP de una serie de principios, derechos y garantías procesales.

La recepción de esos principios, garantías y derechos procesales en el Título Preliminar, tal como se asentó en la Exposición de Motivos del COPP[3] original de 1999, suministra una idea del sistema que se quiere implantar. En tal sentido el legislador invoca a la profesora española, Victoria Berzosa, quien afirma que "el examen de los principios procesales tiene un indudable valor teórico – práctico que se manifiesta en tres vertientes. En primer lugar constituye un elemento auxiliar de la interpretación. Es además, para los supuestos de laguna legal, un dato o factor integrado de la analogía. Por último, aporta el marco teórico para las discusiones de lege ferenda. Por otra parte es innegable el interés pedagógico del estudio de los principios informadores del proceso, puesto que facilitan una visión resumida pero global del sistema procesal"[4].

3.1. Garantías procesales

Esas garantías procesales

> constituyen una serie de escudos protectores de los individuos para que el ejercicio del poder penal del Estado no se convierta en una aplicación arbitraria de la pura fuerza y no termine siendo un elemento avasallador, tiránico, dentro de la sociedad. Estas garantías procesales que han significado mucho en la historia política de occidente, son hoy completa y sistemáticamente dejadas de lado en la mayoría de los sistemas procesales latinoamericanos. Ello da lugar a la violación continua de los derechos humanos que realiza la justicia[5].

Tales derechos y garantías aparecen desarrolladas en los siguientes términos:

3.1.1. Juicio previo y debido proceso

En el art. 1 del COPP se consagran las garantías del *juicio previo y debido proceso,* de la siguiente manera:

> Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, sin formalismos ni reposiciones inútiles, ante un Juez o Jueza o tribunal imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda

3 Cabe destacar que no obstante las reformas que el COPP ha experimentado (seis hasta la fecha), la Exposición de Motivos apenas fue modificada en la reforma del 15 de junio de 2012, por lo que en algunos casos había contradicciones evidentes entre la letra de la ley y lo que quedó plasmado como el "espíritu del legislador".

4 Exposición de Motivos del COPP promulgado el 23 de enero de 1998. Pp. 22 y 23.

5 BINDER, Alberto (93). *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Edit. Ad-Hoc. p. 218-219.

> de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República.

El solo hecho de que las anteriores garantías aparezcan contempladas en el primer artículo del código adjetivo proporciona una idea de la importancia que el legislador les ha dado. En efecto, así como el principio de legalidad material establece la necesidad de que el delito y la pena estén descritos previamente en la ley, la necesidad del juicio previo se erige como una garantía procesal en la que descansa el sistema predominantemente acusatorio que desarrolla el COPP.

En este sentido afirma BINDER[6], que la referencia a la "ley anterior al proceso" no sólo nos da pautas concretas acerca de qué ley se debe utilizar para juzgar el caso, sino que nos indica que debe existir necesariamente "un proceso" y que ese proceso se rige por la ley anterior al hecho que es su objeto y que, además, así como el juicio termina necesariamente en la sentencia, el "proceso" debe preceder, también necesariamente, al juicio. Señala este autor que los principios limitadores del juicio previo extienden sus efectos a la totalidad del proceso. En efecto, el juicio debe ser preparado y controlado. Su preparación, esto es, la investigación preliminar y la fase intermedia o de control de la acusación, así como el control de la sentencia (recursos) conforman, junto con el juicio, la totalidad del procedimiento en sentido estricto. En sentido amplio también forma parte de ese proceso la fase de ejecución.

Sintetiza BINDER la garantía del juicio previo, considerándola como una fórmula contentiva de una limitación objetiva al poder penal del Estado y una limitación subjetiva al ejercicio de ese poder, a través del juez, como único funcionario habilitado para desarrollar el juicio. Desde otro ángulo, el derecho a un juicio previo representa el punto de máxima eficacia de todas las garantías procesales, a saber, derecho de defensa, presunción de inocencia, inmediación, publicidad, entre otras. Pareciera que la trascendencia de esta garantía justifica el que el legislador venezolano la haya plasmado como primer artículo del COPP.

El derecho a un juicio previo –que supone la necesaria intervención de un juez (independiente)– junto con la garantía del juez natural, conforman el derecho al debido proceso (*due process of law*), derecho cuyo origen se remonta a la Carta Magna Inglesa de Juan Sin Tierra del año 1215.

En esa Carta se reconocían una serie de derechos feudales en respuesta a las demandas de los barones de Runnymede e inicialmente constaba de sesenta y tres capítulos y en el número 39 el rey Juan prometió: *Nullus liber capitur, vel imprisonetur, aut dissaisiatur, aut utlagetur, aut exultetur, aut aliquo modo destruatur, nec super um ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale judicium parium suorum vel per legem terrae* (ningún hombre libre será aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley

6 BINDER, Alberto (93). *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Edit. Ad-Hoc.

o exiliado ni en forma alguna arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante el juicio de sus pares o por la ley de la tierra)[7].

Según COUTURE[8] del texto anterior se desprenden dos garantías procesales fundamentales, la garantía del juez competente (*legale judicium parium sourum*) y la de la ley preexistente (*legem terrae*). Al mismo tiempo se deduce la garantía o derecho a ser juzgado por sus iguales lo que vendría a ser el antecedente directo de la participación ciudadana en la administración de justicia.

3.1.2. Ejercicio de la jurisdicción

El *ejercicio de la jurisdicción* como principio se reitera en el art. 2 del COPP en los siguientes términos:

> La potestad de administrar justicia penal emana de los ciudadanos y ciudadanas, y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Corresponde a los tribunales juzgar y ejecutar, o hacer ejecutar lo juzgado.

Si a los jueces corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, éstos no pueden desentenderse de las consecuencias de sus decisiones, de allí que en la previsión citada podemos ubicar el fundamento de la fase de ejecución penal como una fase jurisdiccional.

Adicionalmente, llama la atención que en la reforma al COPP del 15 de junio de 2012 se reitere que la potestad de adminitrar justicia penal emana de los ciudadanos y sin embargo se haya eliminado la más evidente cristalización de ese principio, como lo eran los tribunales mixtos (con escabinos).

3.1.3. Participación ciudadana

La participación de ciudadanos no profesionales del Derecho en el acto de administrar justicia es un principio recogido por el COPP en su art. 3: "Los ciudadanos y ciudadanas participarán en la administración de la justicia penal conforme a lo previsto en este Código y en el reglamento correspondiente".

Seguidamente dispone el referido artículo a través de qué mecanismo se ejerce esa participación ciudadana y a tales efectos contempla que esta opera a través "de los mecanismos de control social previstos en el ordenamiento jurídico, para la selección y designación de los jueces y juezas, magistrados y magistradas, así como la asistencia y contraloría social, en los juicios orales, y seguimiento para la aplicación de fórmulas alternativas a la prosecución del proceso y cumplimiento de pena". Contradictoriamente, después de reiterarse en el art. 2 del Código adjetivo que de los ciudadanos y ciudadanas emana la potestad de administrar justicia y en el art. 3 *ejusdem*, que la Constitución (art. 6) contempla una democracia participativa, se excluye

7 HOYOS, Arturo (96). *El debido proceso*. Edit. Temis. Santa Fé de Bogotá. Colombia. p. 6-7.
8 cit. HOYOS. ob. cit. p. 7.

del alcance de la participación ciudadana la posibilidad de integrar conjuntamente con un juez profesional los llamados tribunales mixtos.

La *participación ciudadana* en la administración de justicia constituyó una institución fundamental en el proceso penal a partir de la vigencia del COPP de 1999. En desarrollo de este principio, el COPP inicialmente incorporó las dos modalidades de jurado, a saber, el clásico o tradicional, integrado en el caso venezolano por nueve ciudadanos que debían carecer de formación jurídica y que emitían un veredicto de culpabilidad o no culpabilidad, correspondiendo al juez profesional la calificación jurídica del hecho y la determinación de la pena si la sentencia fuese condenatoria, y el denominado "escabinado", modelo adoptado por las más influyentes naciones europeas, entre ellas Alemania y que se caracteriza por la integración del tribunal con jueces populares y jueces profesionales, quienes deciden conjuntamente sobre la culpabilidad o no culpabilidad del acusado, pero la calificación jurídica del hecho y eventual determinación de la pena corresponden al juez profesional. Invocándose fundamentalmente razones de orden práctico, como la dificultad para constituir los tribunales con Jurados, estos fueron suprimidas en la reforma al COPP verificada en el año 2001 y los tribunales mixtos siguieron la misma suerte en la reforma del 15 de junio de 2012.

La institución del jurado no resultaba ajena a la tradición normativa venezolana pues ya desde la Constitución de 1811 se establecía el juicio por jurados, esa previsión se mantuvo en las Constituciones de 1819, 1821, 1830 y 1858. De la misma manera se reguló en los Códigos de Enjuiciamiento Criminal de 1897, 1911 y 1901.

El escabinado ha tenido un amplio desarrollo en Europa, destaca su aplicación en el caso de Alemania; allí, a diferencia de la regulación que hacía el COPP, el tribunal de escabinos compuesto por jueces letrados y ciudadanos no conocedores del Derecho, se pronuncia sobre el fondo del objeto planteado, pronunciamiento que abarca tanto los aspectos de hecho como de derecho, es decir, el tribunal en su conjunto examina pruebas y califica los hechos, con ello podría considerarse que se supera la muy trajinada por la doctrina distinción separación entre los hechos y el derecho. En ese país no sólo hay participación ciudadana en los procesos criminales, sino también en los laborales y mercantiles.

El sistema de escabinos como afirma CAFFERATA[9] trata de superar tanto la deformación profesional y la burocratización del tribunal totalmente oficial, como la incongruencia que puede derivarse de la ignorancia del derecho por parte de los jurados. Al mismo tiempo, permite que la deliberación adquiera un nuevo perfil, pues en un acto de tales características jueces técnicos y legos colaboran y se prestan mutuamente aquellas facultades que a los otros les faltan. Los técnicos prestan su conocimiento en derecho; los escabinos la visión espontánea de las relaciones jurídicas, propias del hombre común.

9 ob. cit. p. 118-119.

A tenor de lo establecido en la Carta Magna[10] la soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público; en la práctica el ejercicio de tal soberanía a través del derecho al sufragio, sólo ha permitido la elección del Presidente de la República y los representantes del Poder Legislativo; en cuanto a la designación de los miembros del Poder Judicial escasa o nula intervención tiene el ciudadano común, a lo sumo podría decirse que se concreta una elección de segundo grado respecto de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, por ser éstos designados por la Asamblea Nacional. Este panorama hace necesario el establecimiento de mecanismos que hagan efectivo por parte del pueblo el ejercicio de su soberanía e indudablemente una manera de lograrlo es a través de la incorporación del ciudadano común a la labor de impartir justicia.

Respecto de la participación popular en la administración de justicia se han manejado muchos argumentos. En su contra se ha invocado la ausencia de tradición en algunos sistemas; la falta de preparación jurídica lo cual puede conducir a errores; el que podrían ser impresionados fácilmente por las partes; su falta de idoneidad para emitir un juicio que supone la aprobación o desaprobación social de una conducta y que en algunos países con experiencia juradista, este sistema tiende a desaparecer. En el caso venezolano se llegó incluso a afirmar su inconstitucionalidad por supuestamente violentar, entre otras, la garantía del juez natural y a la carrera judicial.

Al respecto habría que considerar que en Venezuela sí existe una tradición normativa en cuanto a la participación ciudadana en el acto de administrar justicia, inclusive en alguna oportunidad nuestra legislación se constituyó en fuente de inspiración en otros sistemas, así lo reconoce SECO VILLALBA[11], cuando afirma que el art. 117 de la Constitución Federal venezolana fue el antecedente directo del art. 102 de la Constitución Argentina. Por otra parte, debe considerarse que la modalidad que establecía el COPP, no excluía la participación de los jueces profesionales, pues a éstos correspondía la dirección del debate, la apreciación de los hechos conjuntamente con los escabinos, la calificación jurídica de los hechos y, en caso de sentencia condenatoria, la determinación de la pena.

De la misma manera como las partes pueden impresionar a los jurados o escabinos podrían hacerlo con los jueces profesionales, por tanto es este un argumento muy poco consistente.

En cuanto a la supuesta falta de idoneidad de los jurados y escabinos, ha señalado SANDRO[12] que resulta absurdo que un ciudadano pueda comprender la criminalidad de un acto propio y por tanto convertirse en delincuente, dado que la imputación de un delito sólo supone en el aspecto subjetivo el conocimiento real de los presupuestos objetivos del tipo (dolo) y la posibilidad de comprender la antijuridicidad de la acción

10 Art. 5.
11 SECO VILLALBA, José (43). *Fuentes de la Constitución Argentina*. Buenos Aires. p. 225.
12 Cit. por CAVALLERO, Ricardo y HENDLER, Edmundo (88). *Justicia y Participación*. El juicio por jurados en materia penal. Edit. Universidad. Buenos Aires. p. 81-82.

que se realiza, y que no esté en condiciones de comprender la criminalidad de un acto ajeno que trata de juzgar con las mismas pautas de valoración social que le incumben.

El argumento de violación de la garantía del juez natural carece de todo sustento, pues el juez natural es aquel que la ley ha previsto con anterioridad a la comisión del hecho punible, por tanto el tribunal con participación popular al ser establecido previamente por la ley mantiene incólume la garantía. Tampoco se afecta la carrera judicial con la incorporación de ciudadanos no abogados a la administración de justicia, pues indudablemente éstos por no ser profesionales del Derecho no gozan del beneficio de la carrera judicial, el cual es exclusivo de los jueces "permanentes".

Finalmente, el hecho de que la institución de jurado haya desaparecido en algunos sistemas, no parecía un argumento sólido para afirmar que no funcionaría en Venezuela; máxime si su aplicación efectiva se verificó por muy poco tiempo.

En favor de la participación ciudadana en la administración de justicia se han citado[13]:

1. El argumento político de la democratización del Poder Judicial o su acercamiento a la fuente de poder: el pueblo. Todo poder debe además de ser legal, ser legítimo y en un Estado democrático, la fuente de esa legitimidad reside en la soberanía popular.
2. El acercamiento de la justicia penal a la realidad social, pues generalmente la justicia permanece aislada e incomprendida por problemas de comunicación, esto es, problemas de traducción entre el lenguaje técnico y el lenguaje común. Con la incorporación de ciudadanos al acto de administrar justicia se establece un canal de comunicación con las valoraciones del pueblo, su aire renovador y, en general, con la realidad social.
3. La desburocratización de la justicia penal, toda vez que la intervención como jurado es esporádica o eventual en la vida del ciudadano.
4. La descorporativización de la justicia penal.

Además de tales ventajas, la integración de los tribunales con participación popular constituye un mecanismo de control de la actividad judicial que redunda en beneficios para los jueces profesionales pues en la toma de las decisiones a que hubiere lugar, habrá una responsabilidad compartida, lo cual limitará la posibilidad de cuestionamientos a la labor judicial y contribuye a la formación de una conciencia cívica.

En fin, la participación ciudadana, tal como afirma MAIER[14], conduce a la realización del principio de imparcialidad y a una legitimación superior de las decisiones según la concepción del Estado de Derecho, pues el jurado se erige sobre la base política que reclama una decisión ciudadana que autorice a los funcionarios del Estado

13 Ídem. p. 82 ss.

14 MAIER, Julio (96). "El sistema acusatorio en Iberoamérica". En: *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Universidad Externado de Colombia. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Pontificia Universidad Javeriana. Universidad Libre. p. 209.

a utilizar una grado máximo de fuerza o de violencia, la pena estatal, conforme a las reglas del Derecho Penal, para corregir un comportamiento desviado; políticamente, cuando el jurado niega esta autorización, esto es, dice *no*, no se trata de que reconozca la inocencia del acusado en términos de realidad, sino, antes bien, de que no autoriza a los órganos estatales a usar la pena estatal como forma de responder al conflicto social que todavía puede ser planteado por otra vía. Esa institución representa así mismo, de manera mucho más clara que la integración profesional, sobre la base de jueces funcionarios del Estado, una *organización judicial horizontal*, propia del Estado de Derecho y de la independencia judicial.

Este principio adquirió rango constitucional, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, instrumento que declara en su artículo 253, que el Sistema de Justicia está constituido, entre otros, por los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley; sin embargo, desconociendose tal previsión, esa efectiva forma de participar en la administración de justicia ha sido totalmente excluida en el actual proceso penal.

3.1.4. Autonomía e independencia de los jueces

Se reitera en el art. 4 del COPP el principio constitucional de *autonomía e independencia de los jueces,* así se prevé:

> En el ejercicio de sus funciones los jueces y juezas son autónomos e independientes de los órganos del Poder Público y sólo deben obediencia a la ley, al derecho y a la justicia.
> En caso de interferencia en el ejercicio de sus funciones, los jueces y juezas deberán informar al Tribunal Supremo de Justicia sobre los hechos que afecten su independencia, a los fines de que la haga cesar.

La autonomía e independencia de los jueces, es una garantía consecuencia del principio de separación de los poderes públicos que conjuntamente con la competencia, constituyen los tres atributos del juez natural. En efecto, debe garantizarse la autonomía e independencia del Poder Judicial respecto del Ejecutivo y del Legislativo, a fin de que la colaboración armónica prevista en la Carta Política no se vaya a convertir en una peligrosa injerencia en cuanto a la nominación de los miembros de la judicatura, a la estabilidad en el desempeño de sus cargos, a sus decisiones, en cuanto se pudieran dictar normatividades que limitaran la capacidad decisoria de los jueces o dándole a los funcionarios administrativos capacidad decisoria en asuntos judiciales o compentencia (sic) para intervenir en determinados aspectos del proceso[15].

Íntimamente relacionado con lo anterior está la obligación del juez de someterse sólo a la ley y al derecho, pues esta sujeción a la ley no supone una sujeción al Poder Legislativo, máxime si de conformidad con lo previsto en el artículo 19 del COPP el

15 SAAVEDRA ROJAS, Edgar (95). *Constitución, Derechos Humanos y Proceso Penal.* Las normas rectoras del proceso penal. Tomo I. Reimpresión. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Vocatio in Jus. p. 103.

juez debe aplicar preferentemente la norma constitucional en detrimento de la norma legal que colidiere con aquella. Por otra parte, rompe el legislador con el criterio positivista que reduce el derecho sólo a la ley y se permite al juez que pueda hacer invocar otras fuentes al fundar su decisión.

3.1.5. Autoridad del juez

Se recalca en el art. 5 el principio de la *autoridad del juez.* Es este principio la otra cara de la obligación de decidir, pues de nada valdría forzar a los jueces a pronunciarse si no se establece de manera imperativa el cumplimiento de tales decisiones. De la misma manera debe garantizarse a los jueces el contar con el auxilio de las demás autoridades de la República para el cumplimiento de esa y sus otras funciones e incluso se le obliga a notificar al Ministerio Público la posible comisión de un hecho punible como consecuencia del incumplimiento de una orden judicial. Tal principio es recogido por el COPP de la siguiente manera:

> Los jueces y las juezas cumplirán y harán cumplir las sentencias y autos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales.
> Para el mejor cumplimiento de las funciones de los jueces, juezas y tribunales, las demás autoridades de la República están obligadas a prestarles la colaboración que les requieran en el desarrollo del proceso.
>
> En caso de desacato, desobediencia a la autoridad o incumplimiento de la orden judicial, el juez o jueza tomará las medidas y acciones que considere necesarias, conforme a la ley, para hacer respetar y cumplir sus decisiones.
>
> Cuando el Juez o Jueza aprecie u observe la comisión de algún hecho punible con ocasión al incumplimiento de la orden, está obligado u obligada a notificar inmediatamente al Ministerio Público, a los efectos legales correspondientes.

3.1.6. Obligación de decidir

El nuevo proceso penal que coloca al juez como un tercero imparcial que debe resolver el conflicto planteado entre acusador y acusado, debe garantizar a esas partes que sus respectivas pretensiones obtendrán respuesta; en tal virtud en el art. 6 se reitera un principio ya consagrado en el Código de Procedimiento Civil (art. 19) como lo es la *obligación de decidir:*

> Los jueces y juezas no podrán abstenerse de decidir so pretexto de silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad en los términos de las leyes, ni retardar indebidamente alguna decisión. Si lo hicieren, incurrirán en denegación de justicia.

3.1.7. Jueces naturales

En el art. 7 se desarrolla la garantía de ser juzgado por los *jueces naturales:*

> Toda persona debe ser juzgada por sus jueces o juezas naturales y, en consecuencia, nadie puede ser procesado ni juzgado por jueces o juezas, o tribunales *ad hoc.* La potestad de aplicar la ley en los procesos penales corresponde, exclusivamente, a los jueces y juezas; y tribunales ordinarios o especializados establecidos por las leyes, con anterioridad al hecho objeto del proceso.

Al igual que el delito y la pena deben estar previamente establecidos por la ley (*nullum crimen nulla poena sine lege previa*), el juez que habrá de juzgar ese delito e imponer la pena respectiva, también debe haber sido fijado por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho prohibido, así lo dispone expresamente la Constitución cuando en su art. 49 prevé: "Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley".

La exigencia de que el juez que habrá de conocer haya sido instituido con anterioridad al hecho, es una garantía de su imparcialidad. El juez es imparcial cuando llega al proceso virgen, con el solo interés de administrar justicia, función que llevará a cabo con base en el resultado del debate probatorio y con respeto a los principios de oralidad, publicidad, concentración e inmediación.

> La imparcialidad como requisito indispensable de la concepción del juez natural debe mirarse desde una doble perspectiva: a) la situación subjetiva del juez que puede sentirse en incapacidad de administrar justicia de manera imparcial porque recae alguna de aquellas circunstancias que pueden colocarlo en posibilidad de decidir de conformidad a los intereses que sobre él confluyen, antes que de conformidad con la ley y con el acerbo probatorio existente y b) la situación social de credibilidad del medio en relación con una correcta administración de justicia y que nos haría recordar el viejo proverbio popular según el cual, no sólo hay que ser la mujer del César, sino que debe parecerlo, y que significa que no sólo el juez debe ser imparcial, sino que sus comportamientos oficiales deben brindar la suficiente objetividad en cuanto a su imparcialidad, que el medio comunitario crea en la justicia que administra[16].

3.1.8. Presunción de inocencia

La garantía de la *presunción de inocencia* hasta tanto medie una sentencia condenatoria y a recibir un trato acorde con tal carácter aparecen recogidas en el art. 8: "Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme".

Esta garantía releva al imputado de la obligación de demostrar su inculpabilidad, por tanto será el órgano encargado de la persecución penal quien deberá demostrar

16 SAAVEDRA ROJAS. ob. cit. p. 123.

su responsabilidad en el hecho que se le imputa. En efecto, "la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada"[17]. En caso de que esa responsabilidad no llegue a acreditarse, con base en el principio *in dubio pro reo* que rige en materia probatoria, deberá absolverse. Al dictarse un pronunciamiento definitivo sobre su responsabilidad, el imputado no podrá ser perseguido nuevamente por ese mismo hecho (*ne bis in idem*).

Pero el legislador no se conformó con reiterar que ese estado de inocencia rige mientras una sentencia condenatoria no lo desvirtúe sino que, además dispone el "trato" como inocente para la persona objeto del proceso. Este principio constituia el fundamento de la previsión del numeral 4 del artículo 114 del COPP de 2009, donde se fijaba como una regla para la actuación policial, la no presentación de los detenidos a ningún medio de comunicación social sin su expreso consentimiento otorgado en presencia del defensor, con lo que además se protegía el principio de respeto a la dignidad humana. En la reforma de 2012 (art. 119.4) se mantiene la prohibición "cuando ello pueda afectar el desarrollo de investigación".

3.1.9. Afirmación de la libertad

En el art. 9 se recuerda el principio conforme al cual la libertad durante el proceso es la regla y su privación la excepción. A tal efecto, el COPP trata la *afirmación de la libertad,* en los siguientes términos:

> Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o imputada, o su ejercicio, tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta.
> Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La finalidad del proceso penal es la búsqueda de la verdad (art. 13 COPP), sin embargo, tal objeto no puede obtenerse a cualquier precio, de allí la necesidad de regular cuidadosamente la mayor ingerencia que el Derecho puede reconocer al juez, esto es, decidir sobre la restricción o limitación de algunos de sus derechos constitucionales y, entre ellos, fundamentalmente, su libertad.

En este sentido el COPP después de ratificar el principio universal según el cual la libertad es la regla, dispone lo excepcional de las medidas que pueden limitarla, medidas que además deberán ser proporcionales y necesarias.

En lo que respecta a la privación de libertad durante el proceso se prevé que sólo podrá decretarse cuando exista riesgo de fuga del imputado o de obstaculización de la

17 ARMENTADEU, Teresa. (2007) *Lecciones de Derecho Procesal* Penal. Tercera edición. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, p. 247.

averiguación. En el caso de los delitos flagrantes, cualquier ciudadano podría efectuar la aprehensión.

La garantía de la libertad durante el proceso adquirió con la Constitución de 1999 una mayor concreción al restringirse la privación de la libertad a solo dos hipótesis: los casos de flagrancia y la detención por orden judicial (artículo 44 Constitucional).

3.1.10. Respeto a la dignidad humana

El reconocimiento de que quien presuntamente ha transgredido la ley no pierde por ello una serie de derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce, motiva, entre otras razones, la previsión del art. 10 del COPP, intitulado *respeto a la dignidad humana:*

> En el proceso penal toda persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan, y podrá exigir a la autoridad que le requiera su comparecencia el derecho de estar acompañada de un abogado de su confianza.
>
> El abogado requerido, en esta circunstancia, sólo podrá intervenir para garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 1º.

Esta garantía, aún cuando está dirigida fundamentalmente a la protección del imputado, también tendría aplicación en el caso de la víctima, a fin de evitar la posible victimización secundaria que esta pudiera sufrir por parte del sistema de administración de justicia.

3.1.11. Oficialidad, legalidad procesal y oportunidad

En el art. 11 se reitera el carácter público de la acción penal al declararse: "La acción penal corresponde al Estado a través del Ministerio Público, quien está obligado a ejercerla, salvo las excepciones constitucionales y legales".

En esta disposición se recogen además de la titularidad de la acción penal, los principios de *oficialidad, legalidad procesal y oportunidad*, contemplados constitucionalmente en el artículo 285.4.

La acción penal es oficial pues pertenece al Estado y este como su titular puede ejercerla a través de distintos órganos. En un sistema inquisitivo la ejerce a través del juez, funcionario en quien se concentran las funciones básicas del proceso (acusar, defender y decidir). En un sistema acusatorio –o predominantemente acusatorio como es el caso del que desarrolla el COPP– la ejerce a través del Ministerio Público.

Tal como lo indica PERDOMO TORRES[18], el principio de legalidad en cuanto máxima inherente al concepto de Estado social de derecho, hace relación a la obligación

18 PERDOMO TORRES, Jorge Fernando (2005). *Los Principios de Legalidad y Oportunidad*. Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el derecho procesal penal colombiano, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, Bogotá, Colombia. p. 22.

de todos los órganos de las ramas del poder público de dirigir sus actuaciones conforme al derecho vigente. A esta obligación no escapa el Ministerio Público, órgano integrante, según el texto constitucional, del sistema de justicia, en quien el Estado ha delegado el ejercicio de la acción penal, atribución que debe ejercer ante toda noticia de delito (de acción pública), por ello a partir del conocimiento de la presunta comisión de un delito debe ordenar la práctica de las diligencias de investigación tendentes a demostrar el hecho cometido y a identificar a quienes hayan sido sus autores o partícipes, con ello se persigue el resguardo de la víctima y el reestablecimiento del orden social quebrantado por el delito.

Como señala el referido autor[19], con la secularización del Derecho Penal, el Estado se ha arrogado la facultad de perseguir la comisión de hechos punibles y, con ello, ha asumido el deber de hacerlo. El principio de legalidad es, entonces, la consecuencia necesaria de la potestad punitiva del Estado que implica una renuncia por parte de los ciudadanos a la defensa privada de sus intereses y en consecuencia, con muy pocas excepciones, sólo el Estado está legitimado para la persecución penal de oficio.

Como una excepción al principio de la legalidad procesal, se establece en el COPP la posibilidad de que el llamado a ejercer la acción penal pueda prescindir de su ejercicio o limitarla a alguno o algunos de los imputados, excepción perfectamente reglada en los supuestos taxativos del art. 38 y sometida a la autorización previa del juez de control. Tales supuestos de oportunidad ratifican el contenido del principio de legalidad en la medida en que la ley previamente determina el ámbito de discrecionalidad del Ministerio Público para prescindir del ejercicio de la acción, pues al tratarse de una oportunidad reglada el fiscal no puede dejar de cumplir con su obligación sino en los casos taxativamente señalados por la norma.

3.1.12. Defensa e igualdad

La dualidad de partes, característica fundamental de un sistema acusatorio, supone reconocer a ambas las mismas cargas pero también los mismos derechos, destacándose entre éstos últimos *la defensa e igualdad*. En tal sentido, dispone el art. 12 del COPP:

> La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso. Corresponde a los jueces y juezas garantizarlo sin preferencias ni desigualdades.
> Los jueces y juezas, y demás funcionarios y funcionarias judiciales no podrán mantener, directa o indirectamente, ninguna clase de comunicación con alguna de las partes o sus abogados o abogadas, sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, salvo con la presencia de todas ellas.

Hoy día se reconoce la bilateralidad del derecho de defensa, es decir, este no corresponde únicamente al demandado o acusado sino también a quien demanda o acusa. Tal garantía tiene además, como afirma BINDER[20], carácter operativo, a

19 Ob. cit p. 28.
20 BINDER, Alberto(93). *Justicia Penal y Estado de Derecho*. p. 145.

diferencia de las demás que tienen carácter estático (legalidad, juicio previo, presunción de inocencia, entre otras), pues al defensor ponerlas en marcha las torna reales y se convierte en vigilante de que se cumplan las reglas del juego.

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 3267 del 20 de noviembre de 2003, se pronunció respecto de estos principios declarando que:

> El principio de igualdad entre las partes aparece también consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica -aplicable dentro de nuestro ordenamiento jurídico, con rango constitucional, por así disponerlo el artículo 23 del texto fundamental- establece en su artículo 8 lo siguiente:
>
> *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".*
>
> En correspondencia con el derecho a la igualdad como expresión del derecho a la defensa y el debido proceso coexiste el derecho a la tutela judicial efectiva. La Sala, en la sentencia del 10 de mayo de 2001 (Caso: Juan Adolfo Guevara y otros), asentó:
>
> *"El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem),* ***la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura.***
>
> *La conjugación de artículos como el 2, 26 ò 257 de la Constitución de 1999, obliga al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles"(resaltado de la Sala)..*
>
> De allí que, a juicio de la Sala, en el ámbito del derecho procesal penal, los órganos jurisdiccionales se encuentran en la obligación de garantizar la vigencia plena de los derechos de la víctima, dentro de los cuales se encuentran, tanto los derechos y garantías establecidos en el texto constitucional para todos los ciudadanos, como los derechos específicos que consagra a su favor la ley adjetiva penal, en varias de

> sus disposiciones normativas, las cuales, en todo caso, deben ser interpretadas de manera amplia y concordada a fin de que se logre la finalidad del proceso y, en definitiva, se garanticen los referidos derechos y garantías constitucionales.

Es tal el celo que el legislador ha puesto en el resguardo de estas garantías que prevé consecuencias muy graves para el juez que mantenga comunicación por separado con una sola de las partes, tal hecho configura no sólo una causal de recusación (Num. 6 del art. 89), sino que además podría provocar, previo el proceso respectivo, la destitución del funcionario (art. 91).

3.1.13. Finalidad del proceso

El fin primordial del proceso penal es la búsqueda de la verdad material; a ese fin deberá dirigirse la actuación de todos los sujetos procesales que intervienen en el, correspondiendo a los jueces, al momento de decidir, atenerse a esa verdad. De esa *finalidad del proceso* trata el art. 13: "El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el juez y la jueza al adoptar su decisión".

Ciertamente el juez debe dirigir su acción a la búsqueda de la verdad, sin embargo, ello no puede justificar el que este asuma facultades investigativas o probatorias; tal posibilidad comprometería su imparcialidad afectando seriamente el principio acusatorio.

3.1.14. Contradicción

En el art. 18 se garantiza el principio de *contradicción,* ello no es más que una consecuencia de la dualidad de partes que caracteriza el proceso penal. "El proceso tendrá carácter contradictorio".

En la fase del juicio la garantía de la contradicción del proceso supone la posibilidad de que los medios de prueba en que se funde la sentencia deben haber sido controlados por la parte contra quien obran y en las demás fases del proceso constituye una garantía de las partes en el sentido de poder oponerse o controlar las actuaciones de la contraparte.

Tal como está organizado el proceso y, específicamente, el procedimiento ordinario, queda claro que la fase del juicio es sólo una de las etapas del "proceso", que éste está precedido por las fases preparatoria e intermedia, y que las fases impugnativa (en caso de sentencia definitiva) y de ejecución, le suceden temporalmente; ello implica que si el proceso se concibe como un todo, en cada una de sus partes debe estar presente la garantía de la contradicción[21]. En efecto, como afirma LEDESMA, la contradicción

21 VÁSQUEZ, Magaly (2005). *Fase Intermedia, Rol del Juez y Derecho a la Defensa*. VI Congreso Venezolano de Derecho Procesal, Homenaje al Dr. Alberto La Roche, Instituto Venezolano de Derecho Procesal (INVEDEPRO), Instituto Zuliano de Derecho Procesal (INZUDEPRO). p. 53.

no atiende a un aspecto concreto del proceso, sino que es presupuesto de la existencia del mismo; sin contradicción no hay proceso, sino algo distinto[22].

3.1.15. Supremacía del texto constitucional

Dentro de esa labor pedagógica que supone la enunciación de todos esos principios y garantías procesales en el Título Preliminar del COPP, el legislador ha querido recordar (art. 19) la supremacía del texto constitucional y la posibilidad de su aplicación directa, cuando la ley vulnerare alguno de sus preceptos; tal posibilidad resulta particularmente importante dentro del proceso penal dado los intereses en juego y la posible limitación, con ocasión de su desarrollo, de algún derecho individual: "Corresponde a los jueces y juezas velar por la incolumidad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional".

3.1.16. Nueva persecución penal

Consagra el COPP en el art. 20, la posibilidad de una *nueva persecución penal* en casos excepcionales, tal previsión en modo alguno vulnera el principio de cosa juzgada pues, los dos casos en los que se admite tal persecución, la conclusión del primer procedimiento obedeció a defectos formales o interposición ante un tribunal incompetente, razón por la cual ninguna adquirió la autoridad de cosa juzgada:

> Nadie debe ser perseguido o perseguida penalmente más de una vez por el mismo hecho.
>
> Será admisible una nueva persecución penal:
>
> 1. Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente, que por este motivo concluyó el procedimiento;
> 2. Cuando la primera fue desestimada por defectos en su promoción o en su ejercicio.

La norma precedente fue interpretada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia mediante decisión de fecha 27 de julio de 2006, en los siguientes términos:

> Cuando la primera persecución ha sido desestimada por defectos en su promoción o en su ejercicio, el Ministerio Público como titular de la acción penal, tiene sólo una nueva oportunidad para volver a intentarla, por lo que no puede realizar persecuciones indefinidas hasta tanto logre su pretensión punitiva. Es por ello, que el Ministerio Público tiene que ser cuidadoso al momento de formular la acusación, toda vez que ese es el documento fundamental del proceso penal del cual depende

22 LEDESMA, Angela (2005), ¿Es constitucional la aplicación del brocardo *iura novit curia*? En: Estudios sobre justicia penal, Homenaje al profesor Julio B. J, Maier. Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 369.

> el desarrollo del juicio oral y público, por lo que no debe presentarla sin cumplir con las formalidades establecidas en la ley, ya que se vulneraría el debido proceso. De manera que, el artículo 20 ordinal 2º del Código Orgánico Procesal Penal, le concede al Ministerio Público o al acusador privado, si fuera el caso, la oportunidad para subsanar, mediante la presentación de una nueva acusación, los vicios que dieron origen a la desestimación de la primera, razón por la cual el proceso se suspende hasta tanto se interponga nuevamente la misma, por lo que interpuesta la acusación sin corregir los errores, lo procedente es que el Juez de Control decrete el sobreseimiento de la causa, conforme a lo establecido en el artículo 28 ordinal 4°, en concordancia con los artículos 33 ordinal 4° y 318 ordinal 4°, [actualmente se corresponde con el numeral 4 del artículo 34 y numeral 4 del artículo 300, respectivamente, todos del Código Orgánico Procesal Penal], por no existir bases para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

3.1.17. Cosa juzgada

En desarrollo de un principio constitucional (Num. 7 art. 49) se reconoce la inmutabilidad de la *cosa juzgada* en el art. 21 del COPP, salvo que opere en beneficio del reo, cual es el caso del recurso de revisión: "Concluido el juicio por sentencia firme no podrá ser reabierto, excepto en el caso de revisión conforme a lo previsto en este Código".

Del principio *ne bis in idem* surgen las garantías de única persecución y cosa juzgada. En efecto, no es posible que una persona sea perseguida penalmente más de una vez por el mismo hecho, ello no obsta para que sea nuevamente procesada, si el objeto de ese nuevo proceso es la revisión de la sentencia a fin de declarar su nulidad o de mejorar la situación del penado con base en el principio de favorabilidad de la ley penal. Por tanto, el principio está referido no sólo a los procesos concluidos sino también a los que se encuentran en marcha.

Lo que supone la garantía del *ne bis in idem*, como advierte BINDER[23], no es la imposibilidad de repetir el proceso sino una doble condena o el riesgo de afrontarla. En tal virtud en una decisión[24] de la Cámara Nacional de Casación Penal argentina se sostuvo:

La garantía del *non bis in idem* no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien antes lo ha sufrido por el mismo hecho, ya que el solo desarrollo del proceso desvirtuaría el derecho invocado, dado que el gravamen que es materia de agravio no se disiparía ni aun con el dictado de una ulterior condena absolutoria. Lo que la ley argentina pretende es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea

23 BINDER (93). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. p. 163.

24 Cit. JARQUE, Gabriel Darío (97). *El Sobreseimiento en el Proceso Penal*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. p. 93-94.

o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida, toda vez que las garantías sólo juegan en favor y no en disfavor de quien sufre el poder penal del Estado.

3.1.17.1. Requisitos de la garantía

a. Identidad en la persona. Esta exigencia fáctica simplemente supone la labor de constatación, a través de la identificación del imputado de que se trata de "la misma persona".

b. Identidad de hecho. Debe tratarse de la misma hipótesis fáctica planteada con prescindencia de su calificación jurídica.

> Para la determinación de la identidad del hecho, es imprescindible remitirse a su significado jurídico. Los procesos de subsunción son un camino de ida y vuelta, en los que se transita de la información fáctica a la norma jurídica y de ésta a los hechos otra vez. Siempre que, según el orden jurídico, se trate de una misma entidad fáctica, con similar significado jurídico en términos generales –y aquí 'similar' debe ser entendido del modo más amplio posible–, debe entonces operar el principio *ne bis in idem*[25]

c. Identidad de causa. Debe tratarse del mismo motivo de persecución, la misma razón jurídica y política de persecución penal, el mismo objetivo final del proceso[26]

3.1.18. Apreciación de las pruebas

Declara el COPP (art. 22) que las pruebas deben ser apreciadas libremente por el tribunal, con ello pone fin al sistema legal o tarifado que caracterizó el proceso penal tradicional venezolano: "Las pruebas se apreciarán por el tribunal según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia".

Según SENTIS MELENDO, existen "no dos sistemas probatorios, sino dos sistemas de *fijar* o de poner los hechos o, si se quiere, las afirmaciones que han de constituir la premisa menor del silogismo básico, al menos formalmente de la sentencia". Según este autor uno de esos sistemas lo constituye la denominada prueba legal que no es tal prueba, puesto que nada tiene de libertad y en nada permite la actuación del juez, sino que está constituida por un conjunto de normas o reglas mediante cuya aplicación indiscutible por el juez quedan fijados aquellos hechos o admitidas las afirmaciones que los contienen, en tanto que el sistema de libre convicción del juzgador que puede llegar a ser íntima, pero siempre mediante utilización de normas de sana crítica o de prudente apreciación que permitirán llegar a una convicción libre o persuasión racional, viendo en aquéllas unos medios de llegar a éstas como fines[27].

25 BINDER. *(93). Introducción al Derecho Procesal Penal*. p. 168.
26 Ídem. p. 169.
27 SENTIS MELENDO, Santiago (1979). *La Prueba, Los grandes temas del Derecho Probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, p. 272

En tal virtud, las reglas de la sana crítica han sido entendidas como "pautas del correcto entendimiento humano, variables respecto de la experiencia de tiempo y lugar, pero estables en cuanto a los principios lógicos que sirven de apoyatura a la sentencia"[28].

Lo anterior supone que la sujeción a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, no excluye la obligación de motivación, pues el juicio que se formula en la sentencia siempre tendrá que ser de certeza. Tal exigencia de motivación, según lo declaró la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de abril de 1988, garantiza al ciudadano la existencia de fallos justos y lo protege contra la arbitrariedad de los jueces, puesto que la ausencia de motivación fue en el pasado, y lo es en la actualidad, el boquete abierto para que el juez pueda decidir conforme a sus caprichos o a sus intereses, conculcando los derechos de las partes procesales y ocasionando grave ofensa a la administración pública.

3.1.19. Protección de las víctimas

Como último principio prevé el Título Preliminar del COPP, la protección de las víctimas (art.23) al disponer que

> las víctimas de hechos punibles tienen el derecho de acceder a los órganos de administración de justicia penal de forma gratuita, expedita, sin dilaciones indebidas o formalismos inútiles, sin menoscabo de los derechos de los imputados o imputadas, acusados o acusadas. La protección de la víctima y la reparación del daño a la que tengan derecho serán también objetivos del proceso penal.

Con tal previsión se pretende hacer efectiva la garantía de acceso a la justicia, en el caso de las víctimas, prevista en el artículo 26 Constitucional y que el Estado cumpla con la obligación que le impone el artículo 30 *ejusdem* de procurar que las víctimas de delitos comunes sean reparadas en los daños causados.

Al mismo tiempo la norma en cuestión amenaza con la imposición de sanciones a los funcionarios o funcionarias que no procesen las denuncias de las víctimas de forma oportuna y diligente y a los que de cualquier forma afecten su derecho de acceso a la justicia.

3.2. Principios del procedimiento

3.2.1 Oralidad

En el art. 14 se enuncia uno de los principios de procedimiento característicos del sistema que el COPP adoptó: la *oralidad*. Dice la norma en cuestión: "El juicio

28 Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina, Exp. 84 04.04.94 Cit. Por: FRONDIZ, Román y DAUDET, María Gabriela (2000), en: Garantías y Eficiencia en la Prueba Penal, Librería Editora Platense, La Plata – Buenos Aires, Argentina, p. 70.

será oral y sólo se apreciarán las pruebas incorporadas en la audiencia, conforme a las disposiciones de este Código".

Sólo la oralidad garantiza[29] que cada individuo involucrado y presente en la sala tribunalicia sepa sobre lo que decide el juez. Tal exigencia también se aplica a los hechos evidentes, pues aun siendo evidentes, deben ser objeto de la vista penal. De manera que en la medida en que haya que introducir documentos en el proceso penal, se requiere que los mismos sean leídos en voz alta cada uno en particular.

La oralidad impide además una burocracia exagerada. Igualmente se le hace prácticamente imposible al juez delegar a terceros funciones que le corresponden a él exclusivamente, como por ejemplo, el interrogatorio del acusado, la práctica de pruebas, el interrogatorio de los testigos, etc. (...) Sólo la audiencia oral y la publicidad que allí se establece pueden asegurar que el acusado y su defensor estén participando en todo aquello que se hace para que se dictamine el fallo. Este es un principio que no sólo sirve para la defensa y el resguardo de los derechos del acusado, sino también para la búsqueda de la verdad, la verdadera meta del procedimiento penal[30].

3.2.2. Publicidad

Otro principio de procedimiento lo es la *publicidad* del juicio oral, tal principio aparece previsto en el art. 15 del COPP: "El juicio oral tendrá lugar en forma pública; salvo las excepciones de Ley".

La sola publicidad de la sentencia no traduce el cumplimiento de esta garantía, pues ello no refleja el curso del proceso y no permite que se conozca lo acaecido en la audiencia. La publicidad de la vista principal garantiza la posibilidad de que eventuales oyentes puedan participar en la misma.

> La publicidad de la vista principal pertenece a las instituciones fundamentales del Estado de Derecho. Las disposiciones sobre ella deben garantizar que en caso de que no esté previsto forzosamente por la ley un tratamiento en audiencia no pública, o exista un motivo previsto legalmente que pida la exclusión de la publicidad en la vista principal o de una parte de ella, o al menos lo admita, tenga lugar el juicio 'de forma completamente pública' y no a puerta cerrada[31].

Un juez que dirige audiencias ante la vista del público y posiblemente incluso con participación de la prensa, un juez que debe enfrentar sus argumentos a los involucrados, o sea el Ministerio Público, el acusado y el defensor y el cual después del pronunciamiento de la sentencia se ve obligado a entregar una fundamentación de la sentencia, por lo menos en forma resumida, a este juez seguramente le será mucho

29 SCHÖRBOHM, Horst y LÖSING, Norbert (95). "El Proceso Penal, Principio Acusatorio y Oralidad en Alemania", en: *Sistema Acusatorio, Proceso penal, Juicio Oral en América Latina y Alemania,* Fundación Konrad Adenauer. Caracas. p. 54.

30 Ídem

31 Decisión del Tribunal Supremo Federal, c. p. TIEDEMANN, Klaus. "El Derecho Procesal Penal", en: *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal,* Edit. Ariel. Barcelona, p. 147.

más difícil dejarse influenciar en su decisión por regalos monetarios o aceptación de otro beneficio. Además de que se haría muy evidente si, por ejemplo, en contraste con los argumentos del juicio oral, pronunciara una sentencia con otra fundamentación y otro contenido[32], de allí que el principio de publicidad constituye, en la medida en que supone una participación pasiva de la ciudadanía en la administración de justicia, una manera de controlar popularmente tal actividad.

3.2.2.1. Publicidad y medios de prensa

Si bien es cierto que el derecho a la libertad de información es un derecho individual y como tal fundamental (art. 58 de la Constitución) no por ello goza de supremacía respecto de otros derechos, como es el caso del derecho al honor, la reputación y vida privada (art. 60 *ejusdem*), por el contrario, tal derecho no es absoluto y de allí que en ocasiones tenga que ceder ante otros de igual importancia.

Dado que el COPP establece la publicidad del juicio ¿cómo impedir que los medios de comunicación impresos o audiovisuales puedan presenciarlo y trasmitirlo? Al mismo tiempo podría alegarse que ello contribuiría a la formación y cultura de la ciudadanía en la celebración de juicios orales, cuestión de particular importancia por tratarse del establecimiento de un nuevo sistema procesal penal en Venezuela a partir del año 1999.

El Tribunal Constitucional español en la sentencia 30/1982 del 1º de junio[33], ha considerado que no existe dificultad alguna en la admisión de los medios de comunicación social, teniendo en cuenta que la publicidad de los juicios implica que puedan ser conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, y esta proyección general no puede hacerse efectiva más allá que con la asistencia de estos medios.

Consideramos que a fin de garantizar los intereses que se encuentren en juego debería el tribunal previa consulta a las partes, distinguir entre publicidad y publicabilidad en orden a autorizar previamente cualquier registro o filmación limitando al mismo tiempo su número y ubicación. Estas limitaciones, tal como asienta GARCÍA[34] podrían imponerse

> a) ya sea porque constituyen un estorbo en el normal desarrollo del juicio, dificultando o impidiendo su finalidad inmediata[35]; b) ya sea porque se busca proteger la seguridad física de los imputados o testigos; c) ya sea porque una difusión de sonido e imágenes más amplia por la publicidad mediata afecta derechos de la personalidad

32 c.p. SCHÖRBOHM Y LÖSING. ob. cit. p. 60-61.

33 c.p. BERZOSA, Victoria (92). "Principios del proceso". En: *Justicia 92,* número III, José María Bosch Editor. Barcelona. España. p. 616.

34 GARCÍA, Luis M (95). *Juicio Oral y Medios de Prensa*. El debido proceso y la protección del honor, de la intimidad y de la imagen. Edit. Ad-Hoc. Buenos Aires. p. 128.

35 Es posible que la presencia de numerosas cámaras y reporteros pudiera distraer la atención de los sujetos procesales o cohibir e intimidar al imputado, víctima o testigos, quienes ya pueden sufrir tales efectos por la sola presencia de público en la sala.

> del imputado, la víctima o los testigos; d) o bien porque deba resolverse la concurrencia antagónica de intereses de más de un medio de prensa.

Por otra parte debe considerarse que en atención a lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos –norma aplicable en Venezuela– los medios de comunicación social pueden ser excluidos de la sala de audiencias, cuando su presencia pueda entorpecer el curso del juicio.

En torno a este tema, mediante sentencia N° 2489 de fecha 18 de diciembre de 2006, la Sala Constitucional concluyó que la publicidad del juicio penal, es, en sí misma, una garantía para los intervinientes y en particular para el imputado, que también se extiende al público en general. Pero, si ésta sólo se satisface a través de los medios de comunicación social puede ocurrir que la garantía devenga en un perjudicial prejuicio publicitario, que convierta dicho acto en un show mediático, con fines distintos a la justicia y a la garantía de publicidad del proceso, desviándola hacia fines políticos.

3.2.3. Inmediación

Como consecuencia de la oralidad el tribunal llamado a decidir deberá presenciar la práctica de todas las pruebas en las cuales fundamentará su decisión. Así, el art. 16 del COPP establece la obligatoriedad de la *inmediación:*

> Los jueces o juezas que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento

Este principio, que como se señaló, es consecuencia de la oralidad, supone el contacto directo y personal del juez llamado a decidir, no sólo con las partes, sino, básicamente, con los órganos y medios de prueba. Por otra parte, está relacionado con la identidad física del juzgador pues sólo aquél juez que presencia el debate estará en condiciones de decidir.

Indudablemente que la escritura del sistema inquisitivo limita la inmediación pues, de ordinario, son funcionarios distintos al juez quienes practican o reciben las pruebas, ante lo cual aquél debe conformarse para decidir, con la constancia escrita de tales actuaciones.

La inmediación está referida a la actividad probatoria pues permite una impresión fresca y directa en la recepción de la prueba que contribuirá a formar una opinión en el tribunal. Es indudable que en ningún caso surtirá el mismo efecto en los jueces llamados a decidir, la lectura de la declaración de un testigo, que su exposición rendida en su presencia en la cual pueda resultar en extremo indicativo u orientador, su expresión, tono de voz, gestos, seguridad en sus afirmaciones, etc. Este principio ha sido interpretado por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de la siguiente manera:

> El juez llamado a sentenciar es aquel que haya asistido y presenciado el debate, y por consiguiente, el que haya podido formarse convicción por haber estado en relación directa con las partes" (Sentencia N° 423 del 2/12/2003).
> El criterio de la Sala consiste en que los jueces que presencian la audiencia pública deben ser los mismos que suscriben la sentencia y ello en atención al principio de inmediación (Sentencia N° 80 del 18/03/2004).
> El juez llamado a sentenciar es aquel que haya presenciado el debate por haber estado en relación directa con las partes (Sentencia N° A-034 del 04/04/2006).

3.2.4. Concentración

Por cuanto el proceso penal y, básicamente, la fase del juicio, deberá desarrollarse con celeridad y el tribunal está vinculado por las pruebas practicadas en su presencia (salvo el caso excepcional de las pruebas anticipadas), es necesario, para garantizar la fidelidad de la apreciación probatoria, que entre la práctica de esas pruebas y la decisión no transcurra un lapso de tiempo demasiado amplio. A tal efecto, el COPP, en el art. 17 consagra el principio de la *concentración:* "Iniciado el debate, éste debe concluir sin interrupciones en el menor número de días consecutivos posibles".

Íntimamente relacionado con el principio de la inmediación está el de concentración o continuidad del juicio pues, si a la ley le interesa[36] obtener una impresión fresca, directa y libre del polvo de las actas, debe establecer la posibilidad de intervenir en forma permanente y la colaboración sin trabas de quienes participan en el proceso. Todo esto puede producir el resultado deseado si no existen entre las distintas partes del debate períodos de tiempo excesivamente prolongados. Si un debate se llevara a cabo discutiendo hoy y luego dentro de una semana y después de nuevo dentro de 2 o 3 días o un mes, este despedazamiento sería muy contraproducente para la firmeza e inmediación de las impresiones.

En consecuencia, si el juez debe decidir con base en las pruebas practicadas en su presencia, necesariamente deberá existir proximidad temporal entre la recepción de esa prueba y el momento en que debe sentenciar (de allí la relación con la continuidad).

Resulta fundamental señalar, como lo acota BERZOSA[37] que en un procedimiento informado por el principio de concentración, existe una fijación legal de momentos y oportunidades para hacer uso de los medios de ataque y defensa y para realizar las diversas actuaciones procesales, pues concentración no quiere decir, en absoluto, desorden de los actos, ni ausencia de las facultades en el órgano jurisdiccional para conducir adecuadamente los debates y evitar alegaciones y pruebas con ánimo dilatorio. En este sentido, el COPP regula las oportunidades para hacer uso de tales medios de ataque y defensa, como es el caso de las excepciones, y por esta vía procurar la depuración del proceso en orden a evitar la suspensión del juicio.

36 BAUMANN, Jürgen (89). *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales.* Edit. Depalma. Buenos Aires. p. 95.

37 ob. cit. p. 615.

RÉGIMEN DE LA ACCIÓN PENAL

El sistema acusatorio que es el primero en surgir en el tiempo y corresponde a una concepción privada del Derecho Penal, presenta como notas características:

1. La acusación la propone y sostiene una persona distinta del juez, lo que supone que este último está inhabilitado para iniciar ex oficio un proceso.

2. El procedimiento es oral.

3. Como consecuencia de la oralidad, el procedimiento es público.

4. Igualdad de derechos y poderes entre acusador y acusado.

5. Exclusión de toda libertad del juez en la búsqueda de pruebas, es decir, la proposición de las pruebas está a cargo de las partes.

6. Libertad personal del acusado hasta tanto la sentencia adquiera firmeza.

El sistema inquisitivo parte de una concepción pública del delito, de allí que postule el que la persecución penal no puede dejarse en manos de los particulares, ni siquiera en el caso de que se trate del ofendido. Este sistema presenta los siguientes rasgos:

1. El inicio de la actividad jurisdiccional no depende de la voluntad de un particular, sino de la decisión del propio órgano judicial o de la iniciativa de otro órgano del Estado, al que se confía la defensa de los intereses colectivos, generalmente, el Ministerio Público.

2. El proceso es el único instrumento para la actuación del derecho, por tanto, no es posible acudir a otras formas de solución de conflictos, en consecuencia, las partes no pueden poner fin al proceso.

3. La determinación del objeto del proceso (la presunta comisión de un hecho punible) no es facultad de las partes.

4. No hay relación entre la indisponibilidad del objeto del proceso y la congruencia en la sentencia, es decir, el tribunal está vinculado por ese hecho en relación al acusado, pero no por la calificación jurídica que las partes efectúan.

El confiar la acusación a un órgano público *(oficialidad)* constituye el punto de inicio de la degeneración del sistema acusatorio. En un principio, la posibilidad de que el Estado asumiera la persecución de los delitos constituyó un avance, pero, posteriormente, ello dio lugar a una superposición de competencias o confusión de funciones entre sus diversos órganos, originándose de esta manera el sistema inquisitivo.

En líneas generales lo que supone el principio de oficialidad, dado su fundamento en el interés público, es que el proceso, los actos que lo componen y su objeto no estén subordinados al poder de disposición de sujetos particulares, sino que dependan de la actuación de órganos públicos. Este principio se proyecta en el proceso penal dado que el Estado asume el monopolio del *ius puniendi*, impidiendo de esta manera que los particulares dispongan de la consecuencia jurídico-penal del delito, esto es, de la imposición de la pena.

1. La acción penal

En el sistema procesal que desarrollaba el CEC, el ejercicio de la acción penal descansaba en cabeza de un órgano del Estado, a quien correspondían las funciones de acusar y juzgar: el juez. Tenemos entonces que un mismo funcionario dirigía la investigación o persecución del presunto autor del hecho punible, y le enjuiciaba. Justamente esta concentración de funciones en una misma persona constituye el principal cuestionamiento que se le formuló al sistema inquisitivo (que establecía el CEC, aunque teóricamente se le denominaba mixto), de allí que la orientación central del COPP fue la de separar esas funciones, lo que en definitiva se traduce en el enjuiciamiento con mayores garantías para la persona investigada.

Dado que en un sistema acusatorio no puede haber jurisdicción sin acción, el Código vigente atribuye su ejercicio, en el caso de los delitos de *acción pública*, a un órgano estatal: el Ministerio Público.

A decir de GIMENO SENDRA[1], el derecho de acción penal es un derecho fundamental, que asiste a todos los sujetos de derecho, y se ejercita mediante la puesta en conocimiento del Juez de Instrucción de una *noticia criminis*, haciendo, surgir en el órgano jurisdiccional la obligación de dictar una resolución, motivada y fundada sobre su inadmisión o sobre la finalización del proceso penal.

DÍEZ PICAZO[2], por su parte, sostiene que la acción penal consiste en

> acusar a alguien de la comisión de un delito solicitando, en consecuencia, la puesta en marcha del *ius puniendi* del Estado. La acción penal representa, así, la iniciación del proceso penal o, al menos, de la fase decisiva del mismo y, más en general, su ejercicio comporta la adopción de toda una serie de decisiones (solicitud de medidas cautelares, proposición de pruebas de cargo, calificación jurídica de los hechos, petición de pena, etc.). Es evidente que la acción penal es un arma formidable, pues implica la activación de un mecanismo que puede conducir a la restricción aflictiva de la libertad y la propiedad de las personas, por no mencionar el carácter infamante ínsito en la condena penal. Incluso cuando termina con la absolución, el proceso pe-

1 GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (97). Derecho Procesal Penal, 2ª Edición, Editorial Colex, Madrid, España. p. 59

2 DÍEZ-PICAZO, Luís María (2000). *El Poder de Acusar*. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo, Ariel Derecho, Barcelona, España. p. 11.

nal implica una dura prueba para el imputado, en términos psíquicos, económicos e, incluso, de estima social.

El referido autor DIEZ PICAZO parte de la base de que es el ejercicio de la acción penal el mecanismo que posibilita, entre otras decisiones, el decreto de medidas cautelares, sin embargo, no es ese el criterio adoptado por el legislador adjetivo en el caso de los adultos, pues desde la propia fase preparatoria puede el Ministerio Público solicitar y el Juez de Control decretar, la medida cautelar de privación judicial preventiva de libertad. Distinto es el esquema adoptado en la LOPNNA[3], pues conforme a las previsiones de este instrumento legal, la prisión preventiva como medida cautelar sólo puede ser decretada en el auto de enjuiciamiento.

La acción penal presenta como notas características:

a) Oficialidad, pues a tenor de lo dispuesto en el art. 285.4 Constitucional y art. 11 del COPP, es el Estado el titular de la acción penal, derecho que ejerce a través de un órgano oficial como lo es el Ministerio Público.

b) Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 49 de la Constitución, que tiene por finalidad la obtención de una decisión motivada que resuelva el fondo del asunto planteado y no necesariamente de una sentencia de condena. Tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional Español en numerosas sentencias (211/1994, 40/1994, 37/1993, 191/1992, 83/1989, 203/1989) dicho derecho es un mero *ius ut procedatur,* no un derecho a la condena penal, ni a la apertura del juicio oral, ni siquiera a la incoación de la fase instructora[4].

c) Se ejercita mediante la puesta en conocimiento del órgano jurisdiccional de la *notitia criminis,* vale decir, a través de la presentación de la acusación.

d) Legalidad, pues el órgano estatal a quien corresponde su ejercicio, está obligado a ejercerla ante toda noticia de la comisión de un delito de acción pública, salvo que sea autorizado para presindir de ella conforme a un supuesto de oportunidad, así se aprecia de las previsiones de los arts. 285.4 de la Constitución y 11 y 24 del COPP.

De tal regulación se desprende la clasificación (tripartita) desarrollada por los artículos 24, 25 y 26 del COPP, lo que supone distinguir entre delitos de acción pública, de instancia privada y semipúblicos (o semiprivados). La investigación de los primeros puede iniciarse de oficio por parte de los órganos de persecución penal —sin perjuicio de que la víctima presente querella o cualquier ciudadano proponga la denuncia—, en estos casos, dado que la titularidad de la acción descansa en manos del Estado, el perdón o desistimiento no generan el efecto de extinguir la acción o poner fin anticipadamente al proceso.

3 Art. 581.
4 GIMENO SENDRA, Vicente. ob.cit. p. 63.

Por su parte, los delitos de instancia privada[5] exigen, para su enjuiciamiento, la previa presentación de una acusación privada por parte de la víctima. En estos casos, el desistimiento o perdón del ofendido extinguen la acción y excepcionalmente la pena. Si bien la generalidad de los delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias, tipificados en el Código Penal venezolano, exigen la presentación de una acusación por parte del agraviado o sus representantes y por tanto se incluirían en la categoría mencionada, el COPP ha dispuesto (art. 25) que, para el enjuiciamiento de los delitos de "instancia privada " que atenten contra la libertad, indemnidad, integridad y formación sexual previstos en el Código Penal, bastará la denuncia formulada por la víctima, sus representantes o guardadores ante el Ministerio Público o los órganos de policía de investigaciones penales. Si la víctima no pudiere formular por si misma la denuncia o la querella a causa de su edad o estado mental o no tiene representantes o si éstos están implicados en el hecho, el Ministerio Público está en la obligación de ejercer la acción penal. Con ello el legislador adjetivo modifica las exigencias que para la perseguibilidad de tales delitos prevé el Código Penal ("acusación de parte agraviada"), convirtiéndolos en semipúblicos o semiprivados.

Los delitos semipúblicos o semiprivados, tal como precisa ARANTZA LIBANO[6], al igual que los privados, revisten algún tipo de barrera a la hora de iniciar el proceso, pues este queda sometido a la voluntad de la víctima.

> Así las infracciones penales semipúblicas han supuesto un obstáculo procesal a la hora de incoar el procedimiento. De esta manera, resulta, como mínimo, necesario la denuncia de uno de los protagonistas procesales, es decir, del ofendido, a fin de remover dicho escollo. Una vez producida esta, el régimen procesal se asemeja bastante —aun cuando en algunos supuestos el perdón goza de efectos jurídicos— al seguido en un caso de infracción pública[7].

Respecto de esta categoría de delitos, denominados por el COPP (art. 26) perseguibles "previo requerimiento o instancia de la víctima", se dispone su tramitación de acuerdo con las normas generales relativas a los delitos de acción pública, pero se prevé la posibilidad de que la víctima pueda desistir de la acción propuesta en cualquier estado del proceso. Esta mixtura exige la previa denuncia o querella de la víctima —lo que impediría la persecución de oficio— pero permite que la voluntad unilateral de aquella pueda ponerle fin al proceso.

---

5 No es unánime la calificación de esta categoría de delitos como de acción "privada", pues siendo el Estado, el titular de la acción penal, resultaría impropio calificar como "privados" determinados ilícitos penales; no obstante, la legislación venezolana, frente a conductas delictivas que afectan principalmente la esfera íntima o privada, ha confiado al particular titular del bien jurídico lesionado, el ejercicio de la acción respectiva.

6 LIBANO BERISTAIN, Arantza (2011). *Los Delitos Semipúblicos y Privados. Aspectos Sustantivos y Procesales*, Bosch Editor, Barcelona, España, p.190.

7 Ídem.

2. Obstáculos al ejercicio de la acción penal

El COPP contempla varias causales que denomina obstáculos al ejercicio de la acción penal y que tienen por finalidad evitar el ejercicio de la acción (acusación) por parte del sujeto procesal legitimado para hacerlo (fiscal o víctima, según se trate de delitos de acción pública o de acción dependiente de instancia privada) o, una vez ejercida la acción, detener el proceso de manera provisional o definitiva. Aun cuando distingue dos categorías, conformadas por las excepciones y el juzgamiento de altos funcionarios, esta última situación perfectamente se subsume dentro de la causal de acción promovida ilegalmente contemplada en el literal e) del numeral 4 del art. 28.

2.1. Excepciones

Las excepciones se identifican con defensas que pueden oponer las partes. En este sentido puede tratarse de defensas o excepciones de fondo las cuales están dirigidas a levantar la acusación en función del derecho de fondo que se aspira concretar en la sentencia, y excepciones formales, procesales o adjetivas dirigida a lograr la improcedencia o extinción del proceso, por su no adecuación a las normas formales que lo regulan. En líneas generales con la interposición de unas u otras se aspira detener el proceso en forma provisional o definitiva, según el caso.

También se suelen clasificar las excepciones en dilatorias (demoran el trámite del proceso hasta que el impedimento que lo determinó sea obviado) o perentorias (permiten terminar con el proceso en forma definitiva).

El artículo 28 del COPP contempla como excepciones las siguientes:

1. La existencia de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 36;
2. La falta de jurisdicción;
3. La incompetencia del tribunal;
4. Acción promovida ilegalmente, que sólo podrá ser declarada por las siguientes causas:
    a) La cosa juzgada;
    b) Nueva persecución contra el imputado o imputada, salvo los casos dispuestos en los numerales 1 y 2 del artículo 20;
    c) Cuando la denuncia, la querella de la víctima, la acusación fiscal, la acusación particular propia de la víctima o su acusación privada, se basen en hechos que no revisten carácter penal;
    d) Prohibición legal de intentar la acción propuesta;
    e) Incumplimiento de los requisitos de procedibilidad para intentar la acción;
    f) Falta de legitimación o capacidad de la víctima para intentar la acción;

g) Falta de capacidad del imputado o imputada;
h) La caducidad de la acción penal;
i) Falta de requisitos esenciales para intentar la acusación fiscal, la acusación particular propia de la víctima o la acusación privada, siempre y cuando éstos no puedan ser corregidos, o no hayan sido corregidos en la oportunidad a que se contraen los artículos 330 y 412;

5. La extinción de la acción penal; y
6. El indulto.

Si concurren dos o más excepciones deberán plantearse conjuntamente.

1. Prejudicialidad civil. En este caso la resolución de la causa penal depende de la previa resolución de una cuestión civil, sin embargo el artículo 36 distingue dos situaciones: en el encabezamiento de la norma se prevé el caso en que el proponente de la excepción ya ha propuesto la demanda civil ante el tribunal respectivo, en cuya hipótesis el Juez o Jueza penal, si la considera procedente, declarará con lugar la excepción y suspenderá el procedimiento hasta por el término de seis meses a objeto de que la jurisdicción civil decida la cuestión. En este caso debe participarle por oficio al Juez o Jueza civil sobre esta circunstancia para que éste la tenga en cuenta a los fines de la celeridad procesal.

En el primer aparte de la norma se regula el supuesto en el cual el proponente de la excepción de prejudicialidad civil aún no ha interpuesto la demanda civil respectiva, en este caso el Juez o Jueza penal, si la considera procedente, le acordará a la parte proponente, un plazo que no excederá de treinta días hábiles para que acuda al tribunal civil competente a objeto de que plantee la respectiva controversia, y suspenderá el proceso penal hasta por el término de seis meses para la decisión de la cuestión civil.

Si hubiere sido decidida la cuestión prejudicial, o vencido el plazo acordado al proponente de la excepción para que éste acuda al tribunal civil competente sin que acredite haberlo utilizado, o vencido el término fijado para la duración de la suspensión, sin que la cuestión prejudicial haya sido decidida, el juez o Jueza penal debe revocar la suspensión, convocar a las partes, previa notificación de ellas, a la reanudación del procedimiento, y, en audiencia oral, resolver la cuestión prejudicial ateniéndose para ello a las pruebas que, según la respectiva legislación, sean admisibles y hayan sido incorporadas por las partes. Esta solución, si bien pareciera responder a la necesidad de garantizar el principio de celeridad procesal, no pareciere la más ortodoxa tratándose de cuestiones relativas al estado civil de las personas y para cuya resolución es competente el juez civil, pues pudieren verificarse decisiones contradictorias si el juez penal, ante el vencimiento del plazo de suspensión y falta de pronunciamiento del tribunal civil, decidiere y, con posterioridad a su determinación, aquel se pronunciare en sentido contrario. En nuestro criterio, en orden a evitar decisiones que pudieren motivar con posterioridad la interposición del recurso de revisión penal o incluso una acción de

amparo ante la evidente contradicción de las decisiones dictadas por los tribunales penal y civil, debió fijarse como efecto la suspensión, garantizando que durante este período quedaría igualmente en suspenso el curso de la prescripción de la acción penal.

Debe advertirse que se limita el COPP a regular la prejudicialidad relativa al estado civil de las personas, obviando otras situaciones que también exigirían una decisión previa por parte de un tribunal civil, mercantil o administrativo.

2. Por su parte la falta de jurisdicción –que siempre se afirmaría respecto de tribunales extranjeros– declarada con lugar, genera como efecto la remisión de la causa al tribunal que corresponda su conocimiento.

3. La incompetencia del tribunal, ya sea por razones del territorio, la materia, conexión o las personas, también genera como efecto, declarada con lugar, la remisión de las actuaciones al tribunal que resulte competente y, en caso de que el imputado estuviere detenido, deberá ser puesto a su orden.

4. Las excepciones previstas en los numerales 4, 5 y 6 del art. 28, es decir, que se trate de una acción promovida ilegalmente (por cualquiera de las razones indicadas en los nueve literales de la norma), la extinción de la acción penal y el indulto, respectivamente, declaradas con lugar, generan el sobreseimiento del proceso. Respecto de tal efecto, debe indicarse que según han establecido las Salas Constitucional y de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, cuando se trata de la declaratoria con lugar fundada en el incumplimiento de requisitos formales de la acusación fiscal y estos no fueron oportunamente subsanados, o la falta de capacidad de la víctima, el sobreseimiento que debe dictar el tribunal es provisional y no definitivo. En efecto, en sentencia N° 823 del 21 de abril de 2003, la Sala Constitucional del Máximo Tribunal (caso: *Andrés Yánez Monteverde y otro*) asentó:

> Incorpora el Código Orgánico Procesal Penal causales de sobreseimiento que no atañen a la acción, y que por lo tanto chocan con el devenir histórico en Venezuela de la institución, desarrollado en el extinto Código de Enjuiciamiento Criminal, y así aparecen como motivo de excepciones que declaradas con lugar producen el sobreseimiento, defectos de forma en la acusación (...) o ligados a la capacidad procesal (...)
>
> A pesar de las señaladas excepciones, ser consideradas causas de sobreseimiento por el artículo 33 del Código Orgánico Procesal Penal, ellas no extinguen la acción penal y operan más bien como cuestiones dilatorias, que suspenden la entrada de la acción, pero no la desechan, lo que es lógico, ya que se trata del incumplimiento de requisitos de la acusación, la cual equivale a una demanda, separable como institución de la acción.
>
> En el caso de autos, la causa penal se sobreseyó a los hoy accionantes, por habérsela desestimado por defectos en la promoción (acusación) o en su ejercicio. Es decir, por aplicación del artículo del 20 del Código Orgánico Procesal Penal.
>
> Cuando el motivo del *'sobreseimiento'* es éste, la nueva persecución contra el imputado es posible si se purgan los defectos, y por lo tanto si ello ocurre, la nueva causa no es una nueva persecución penal contra el imputado.

Sin embargo, si en una segunda oportunidad el Ministerio Público interpone la acusación sin haber corregido los errores formales de la primera, la decisión procedente es un sobreseimiento que, en este caso, si tendría carácter de definitivo, conforme se estableció en la decisión de fecha 27 de julio de 2006 mediante la cual la Sala de Casación Penal interpretó el contenido del artículo 20 del COPP.

Si bien, la norma vigente (literal i, 4 Num del art. 28) se refiere a requisitos "esenciales" (como lo es la exigencia de fundamento serio) y no "formales" de la acusación fiscal, al mantenerse el mismo efecto para la declaratoria con lugar de tal excepcion, debe entenderse que los precedentes criterios judicales mantienen vigencia.

Se reitera en el art. 29 del COPP los efectos que el art. 104 del Código Penal ya reconocía para la amnistía y se insiste en contemplar al indulto no sólo como causal de extinción de la pena sino también de la acción penal, generando en cualquier caso la libertad inmediata del privado de libertad que hubiere sido favorecido por aquel.

El Código adjetivo establece tres posibilidades para la proposición de las excepciones, según se trate de las fases preparatoria, intermedia y de juicio:

a. *Tramitación en la fase preparatoria* (art. 30):

- Proposición mediante escrito fundado ante el tribunal de control con el ofrecimiento de las pruebas respectivas.
- Se tramitarán en forma de incidencia sin interrumpir la investigación.
- Notificación a las otras partes para la contestación y ofrecimiento de pruebas (dentro de los 5 días ss a su notificación).
- Si el punto es de mero derecho o no ha habido ofrecimiento de pruebas, el juez debe resolver dentro de los 3 días ss al vencimiento del plazo anterior.
- Si se hubieren ofrecido pruebas procede la convocatoria de las partes a una audiencia oral (dentro de los 8 días ss a la publicación del auto respectivo). En ese acto las partes expondrán oralmente sus alegatos y el juez resolverá razonadamente al término de la audiencia.
- La decisión dictada es apelable dentro de los 5 días ss.
- El rechazo de la excepción impide que pueda plantearse por el mismo motivo en la fase intermedia.

b. *Tramitación en la fase intermedia* (art. 31):

- Deben proponerse por escrito hasta 5 días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar.
- Debe tratarse de excepciones que no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos
- Iniciada la audiencia las partes deben exponer oralmente el fundamento de sus peticiones.
- El juez debe resolver una vez finalizada la audiencia preliminar.

– Si fueren declaradas sin lugar no pueden ejercerse recurso de apelación. Ello no impide que puedan ser nuevamente opuestas en la fase de juicio[8].

c. Tramitación en la fase de juicio (art. 32):

– Sólo pueden proponerse una vez abierto el debate en la primera oportunidad en que corresponda intervenir a las partes.
– Deben ser decididas en un solo acto, salvo que el tribunal resuelva hacerlo sucesivamente o diferir alguna. Sobre este particular prevé el art. 329 que todas las cuestiones incidentales que se susciten serán tratadas en un solo acto, a menos que el tribunal resuelva hacerlo sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del debate.
– Sólo puede recurrirse de la decisión que declare sin lugar la excepción, conjuntamente con la sentencia definitiva.

Si bien se aprecia que la posibilidad para la parte proponer de poder impugnar la decisión que declare sin lugar la excepción sólo con la sentencia definitiva, se justificaría en favorecer el principio de celeridad procesal, estimamos que dada la oportunidad en la cual se pueden proponer las excepciones –que es en la apertura del debate– por cuanto no se ha iniciado la recepción de pruebas, no resultarían afectados los principios de inmediación y concentración; por el contrario, la imposibilidad de recurrir en esta etapa podría conducir a la realización de un juicio inncesario que habría podido evitarse sí, oportunamente, se hubiere podido examinar la decisión por parte de la Corte de Apelaciones. Piénsese, por ejemplo, en que la excepción opuesta se funda en la extinción de la acción penal por prescripción y que declarada sin lugar la misma se verifica el desarrollo del debate que concluye con una sentencia definitiva, luego en la oportunidad de conocer de la apelación la Corte de Apelaciones declara con lugar el recurso interpuesto, lógicamente la sentencia dictada –que habría podido evitarse– sería nula, de allí que en este punto a nuestro entender, tendría perfecta aplicación el criterio sostenido por la Sala Constitucional en sentencia N° 720 de fecha 29 de abril de 2004, en la cual sostuvo que resulta esencial que el recurso se resuelva en la etapa del proceso en la cual se desmejora o contradice la expectativa de la parte en relación a la pretensión deducida.

d. *Excepciones que pueden oponerse durante la fase de juicio*:

Dispone el mismo art. 32 del COPP que durante la fase de juicio oral, sólo se pueden oponer las excepciones de:

d.1. Incompetencia del tribunal (siempre que se trate de un motivo que no hubiere sido resuelto en las fases previas).

d.2. Extinción de la acción penal por prescripción.

d.3. Las que hayan sido declaradas sin lugar por el juez de control al término de la

8 En este sentido, dispone el Num. 2 del art. 439 del COPP como uno de los autos recurribles ante la Corte de Apelaciones, el que resuelva una excepción, salvo que sea declarada sin lugar por el juez de control en la audiencia preliminar, sin perjuicio de que pueda ser nuevamente opuesta en la fase de juicio.

audiencia preliminar. Obviamente esta última posibilidad amplia el elenco de excepciones que podrían ser opuestas en el acto de apertura del debate.

En todo caso el juez, durante las fases intermedia o de juicio oral, puede asumir de oficio la solución de aquellas excepciones que no hayan sido opuestas, siempre que la cuestión, por su naturaleza, no requiera instancia de parte.

2.2. Juzgamiento de altos funcionarios y altas funcionarias

Se contemplan los trámites que se deben cumplir para llevar a cabo el enjuiciamiento de un alto funcionario como un obstáculo al ejercicio de la acción penal, no obstante que la Constitución y la Ley exigen una serie de requisitos de procedibilidad para intentar la acción en contra de alguno de los sujetos considerados por la enumeración prevista en el art. 266 Constitucional como altos funcionarios; por ello tal tramitación no constituye un obstáculo distinto a las excepciones, pues este supuesto queda comprendido en la previsión del literal e) del numeral 4 del artículo 28 del COPP.

En todo caso para que se pueda concretar el enjuiciamiento de un alto funcionario deben cumplirse los siguientes requisitos:

a. Proposición de la respectiva querella por parte del Fiscal General de la República o de la víctima (este último sujeto procesal está legitimado para presentar la querella, según jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia).
b. Levantamiento de otras prerrogativas en los casos del Presidente de la República, Diputados y Defensor del Pueblo, pues se debe contar con la autorización de la Asamblea Nacional en el primer caso y en los otros dos proceder a allanar la inmunidad de los funcionarios.
c. En tanto no se levanten estas prerrogativas no pueden realizarse contra el funcionario actos de persecución penal.
d. Este trámite no impide la continuación del procedimiento respecto de los otros imputados.

3. Extinción de la acción penal

El COPP en su artículo 49 enumera el elenco de causas extintivas de la acción penal en los siguientes términos:

Son causas de extinción de la acción penal:

1. La muerte del imputado o imputada;
2. La amnistía;
3. El desistimiento o el abandono de la acusación privada en los delitos de instancia de parte agraviada;
4. El pago del máximo de la multa, previa la admisión del hecho, en los hechos punibles que tengan asignada esa pena;

5. La aplicación de un criterio de oportunidad, en los supuestos y formas previstos en este Código;
6. El cumplimiento de los acuerdos reparatorios;
7. El cumplimiento de las obligaciones y del plazo de suspensión condicional del proceso, luego de verificado por el Juez o Jueza, en la audiencia respectiva;
8. La prescripción, salvo que el imputado o imputada renuncie a ella, o se encuentre evadido o prófugo de la justicia por alguno de los delitos señalados en el último aparte del artículo 43 del Código[9].

De la comparación entre esas causales y las contempladas por los artículos 103 y ss. del CP como motivos de extinción de la responsabilidad penal, se advierte claramente que además de las causas de extinción producto de la incorporación de las tres alternativas a la prosecución del proceso y del pago máximo de la multa en el caso de delitos que tengan asignada esa pena, el COPP, en armonía con lo dispuesto en el art. 104 del Código Penal, no contempla el indulto como causa extintiva de la acción, situación que resulta plenamente justificable si se considera que el indulto constituye un perdón y es obvio que el perdón al imputado supondría desvirtuar la presunción de inocencia consagrada legal y constitucionalmente a su favor.

No obstante lo anterior, en la reforma al COPP realizada en el año 2001 se incorporó el indulto como una de las excepciones oponibles en el proceso, cuya declaratoria con lugar genera como efecto el sobreseimiento en razón de la extinción de la acción penal, lo cual se ratificó de manera expresa en el artículo 29 agregado en la reforma de 2012.

4. La acción civil

Entre los artículos 50 y 54 regula el COPP lo atinente al objeto de la responsabilidad civil derivada de delito, disposiciones que deben ser analizadas en armonía con lo previsto en el artículo 113 y siguientes del CP. En este sentido se aprecia que conforme a lo dispuesto en el artículo 120 del Código sustantivo y 50 del Código adjetivo, la responsabilidad civil comprende *la restitución*, la *reparación del daño causado* y la *indemnización de perjuicios*, sin embargo, según lo previsto en el artículo 413 de este último, la acción civil que se puede interponer una vez firme la sentencia condenatoria, persigue la reparación de los daños y la indemnización de perjuicios, lo cual se explica en el hecho de que el Ministerio Público debe devolver lo antes posible los objetos incautados que no sean imprescindibles para la investigación y, ante el retraso en el cumplimiento de esta obligación, las partes o los terceros interesados pueden solicitar

9 Se trata de los delitos de homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, el delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad y delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra.

la devolución ante el juez de control[10], en consecuencia, la restitución no requiere del ejercicio de la acción civil por parte del perjudicado.

La legitimación para ejercer la acción civil corresponde a la víctima. Cuando se trate de delitos que han afectado el patrimonio de la República, de los Estados o de los Municipios la acción civil será ejercida por el Procurador General de la República, o por los Procuradores de los Estados o por los Síndicos Municipales, respectivamente, salvo cuando el delito haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, caso en el cual corresponderá al Ministerio Público.

Si el delito hubiere afectado intereses colectivos o difusos la acción civil será ejercida por el Ministerio Público e igualmente cuando en la comisión del delito haya habido concurrencia de un particular con el funcionario público.

En el caso particular de los delitos contra la corrupción previstos en la respectiva ley especial, se prevé que el Ministerio Público puede proponer la pretensión civil conjuntamente con la acusación fiscal o de manera individual acompañando la sentencia condenatoria, pero en todo caso el juez de juicio se debe pronunciar sobre su admisibilidad una vez que aquella esté definitivamente firme.

En relación con tal disposición debe precisarse que la sentencia N° 1251 del 30 de noviembre de 2010 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia precisó, al analizar el contenido del artículo 88 de la LCC y del procedimiento para la reparación del daño e indemnización de perjuicios desarrollado por el COPP, que corresponde al juez de juicio después de que se dicte la sentencia condenatoria y ésta se encuentre firme, "admitir y conocer la demanda civil incoada por el Ministerio Público y pronunciarse sobre la responsabilidad civil de los condenados". Adicionalmente es de destacar que el juez en funciones de control también sería competente para resolver la admisibilidad de la demanda civil si la sentencia condenatoria se hubiere verificado con ocasión del procedimiento por admisión de los hechos.

Las personas que no estén en condiciones socioeconómicas para demandar pueden delegar en el Ministerio Público el ejercicio de la acción civil. Del mismo modo, la acción derivada de la obligación del Estado a indemnizar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, podrá delegarse en la Defensoría del Pueblo, cuando dicha acción no se hubiere delegado en el Ministerio Público[11].

El legislador adjetivo[12] faculta a la víctima para ejercer la acción civil derivada de delito ante la jurisdicción civil o por ante la jurisdicción penal, en este último caso debe mediar sentencia condenatoria firme.

10 Cfr. Art. 293 COPP.

11 El fundamento de esta obligación del Estado de indemnizar a las víctimas de violaciones de derechos humanos deviene del art. 30 Constitucional.

12 Art. 52.

La acción civil a los efectos de que se concrete la reparación de los daños y la indemnización de perjuicios puede ser ejercida, según lo dispuesto en el art. 114 del CP, contra el autor y partícipes en el delito y el tercero civilmente responsable. Respecto de éste último debe considerarse que según sentencia N° 2210 de fecha 21 de septiembre de 2004 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sólo se podrá incoar ante la jurisdicción civil, la cual puede igualmente conocer de la acción civil contra los autores del delito, ciñéndose a la legislación civil, si conforme al artículo 51 [ahora art. 52] del Código Orgánico Procesal Penal, la víctima o sus herederos, escogieran esta vía, pues permitir lo contrario "sería infringirle el derecho a la defensa al civilmente responsable, tercero con relación al proceso penal, ya que se vería limitado en su defensa". Precisamente este criterio jurisprudencial fue la causa de la modificación realizada al art. 427 de COPP en la reforma de septiembre de 2009, al eliminarse el aparte que posibilitaba demandar en sede penal al tercero civilmente responsable.

En orden a garantizar los derechos del perjudicado civilmente por el delito y previendo la posible prolongación del proceso penal, está prevista la suspensión del curso de la prescripción civil hasta tanto la sentencia penal esté firme.

ALTERNATIVAS A LA PROSECUCIÓN DEL PROCESO IV

El COPP regula tres instituciones cuya utilización por los distintos sujetos procesales llamados a intervenir impediría que el proceso penal ya iniciado pudiere continuar en virtud de la extinción de la acción penal, son estas: el principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso.

1. Principio de oportunidad

Esta figura, que constituye una excepción al principio de legalidad procesal en el sentido de que permite prescindir del ejercicio de la acción penal, no constituye una novedad en el sistema procesal penal venezolano. En efecto, manifestaciones de este principio las conseguimos en la determinación del agraviado en los denominados comúnmente delitos de "acción privada" en cuanto a la proposición o no de la acusación, en el perdón del ofendido en la misma categoría de delitos y en la resolución del Presidente de la República (art. 227 del actual COJM) respecto de la continuación o no de un proceso militar.

Como indica CAFFERATA[1], el principio de legalidad se emparenta más con la visión del delito como infracción (que requiere control estatal coactivo directo) y con las teorías absolutas sobre la pena (retribución, mal por mal); el de oportunidad más con la visión del delito como conflicto y con las teorías relativas sobre la pena (es útil para lograr fines de prevención general o especial) dando paso, a la vez, a la idea de alternativas frente a la pena, priorizando la posibilidad de solución real –no sólo simbólica– del conflicto.

La incorporación del principio de oportunidad como instrumento de política criminal en los códigos y leyes procesales obedece según algunos[2], a la necesidad de legitimar la selectividad espontánea de todo sistema penal, pues no existe ningún sistema penal capaz de investigar todos los delitos e inclusive, una vez iniciadas las investigaciones, no todos los procesos culminan con una sentencia definitiva, de allí que, como refiere BINDER, ante la disyuntiva de ocultar el problema y permitir que el sistema ejerza su propia selectividad sin ninguna orientación de tipo político, deben establecerse líneas de política procesal que permitan canalizar la selectividad del sistema conforme a ciertos valores.

1 CAFFERATA NORES, José (98). Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal. 2ª Edición Actualizada. Editores del Puerto, S.R.L., Buenos Aires. Argentina. p. 25.

2 Así lo afirma BINDER. Justicia Penal… p. 216.

También se ha justificado la regulación de este principio en la necesidad de evitar procesos largos y costosos y como mecanismo que evitaría los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, a la par que no se requeriría la posterior resocialización del penado, pues el sujeto nunca saldría de su medio social.

1.1. Clasificación

El principio de oportunidad puede ser puro o condicional. La primera fórmula existe cuando las partes son absolutamente dueñas de provocar la finalización anormal del procedimiento (guilty plea) y la segunda, si el sobreseimiento permanece bajo la suspensiva condición de que el imputado cumpla determinadas condiciones[3]. El COPP inicialmente acogió ambas modalidades[4], la primera en el art. 38, disposición que faculta al fiscal del Ministerio Público para solicitar del juez de control la autorización para prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal, o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en cualquiera de los supuestos siguientes:

1. Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia o por su poca frecuencia no afecte gravemente el interés público, excepto cuando el máximo de la pena exceda de los ocho años de privación de libertad, o se cometa por un funcionario o funcionara, empleado público o empleada pública en ejercicio de su cargo o por razón de él;
2. Cuando la participación del imputado o imputada en la perpetración del hecho se estime de menor relevancia, salvo que se trate de un delito cometido por funcionario o funcionaria, empleado público o empleada pública en ejercicio de su cargo o por razón de él;
3. Cuando en los delitos culposos el imputado o imputada haya sufrido a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena;
4. Cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

De ordinario el principio de oportunidad procede, ante delitos de bagatela, esto es, de escasa monta o repercusión social.

La bagatela puede ser apreciada desde dos perspectivas[5]. La primera, referida a aquellas disposiciones legales que regulan conductas de efectos inocuos o

3 GIMENO SENDRA, Vicente et. Al. Derecho Procesal Penal (97). 2ª Edición, Editorial Colex. p. 64.
4 En la reforma del 2001 el supuesto especial de oportunidad que daba lugar a una suspensión del proceso y posterior extinción de la acción fue convertido en una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal.
5 BARRETO ARDILA. ob. cit. p. 87.

insignificantes y la segunda se predica de hechos formalmente delictivos, pero que por su escasa entidad evidencian la ausencia de antijuridicidad material. En efecto, la intervención estatal ante conductas inocuas que no lesionan ningún bien jurídico o lo lesionan de manera escasa, pondría en evidencia un Estado en extremo represivo que sólo se queda en la consideración de la antijuridicidad formal, esto es, en la simple contradicción del comportamiento con el ordenamiento jurídico, pues estaría castigando comportamientos prohibidos por el derecho pero que no son socialmente dañosos. De allí que como afirma CORNEJO[6], la administración de justicia no puede estar al servicio de hechos nimios, sino que debe atender cuestiones cuya envergadura motiven su intervención, la hagan necesaria, inexorable, lo contrario conlleva a un mayor retardo, atosigamiento de los magistrados, mantener la cultura del prontuario, y desatender por completo hechos de verdadera relevancia, abriéndole la puerta a la impunidad.

En el caso venezolano el legislador ha complementado el criterio del delito de bagatela con el quantum punitivo, por tanto, sólo procede la aplicación de un supuesto de oportunidad si el hecho punible imputado no excede los ocho años de privación de libertad; sin embargo, no obstante que el hecho no excediere ese límite punitivo no puede prescindirse del ejercicio de la acción penal si el hecho es atribuido a un funcionario o empleado público, situación que se justifica en el mayor reproche que la ley ha previsto para los hechos perpetrados por quienes al asumir su cargo juran cumplir con la Constitución y la ley, por lo que su responsabilidad penal siempre resulta agravada, de allí que constituiría un contrasentido permitir su exoneración de responsabiidad penal a través de esta excepción al principio de legalidad.

Si en el primer numeral el COPP considera la gravedad del hecho, en el segundo el criterio para posibilitar la aplicación de un criterio de oportunidad es el grado de participación del imputado en el hecho que se le atribuye. En este caso la utilidad de la persecución penal resulta mermada por la escasa responsabilidad del imputado, situación que sólo tendría aplicación respecto del cómplice simple, quien conforme a la legislación sustantiva, por regla general, merece una pena inferior a la del autor. Sin embargo, la sola consideración de cómplice secundario no justificaría la aplicación de este supuesto de oportunidad, pues todas las alternativas a la prosecución del proceso y a ello no escapa la previsión del numeral 2 del artículo 38, están concebidas para la pequeña y mediana criminalidad, por lo que la aplicación de este numeral no puede considerarse prescindiendo de la regulación del primero.

Como una forma de aplicar el principio de humanidad en el proceso penal y considerar el fin que se persigue con la pena, se faculta al fiscal para invocar la aplicación del principio de oportunidad, cuando en los delitos culposos el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena. En estos casos se parte de la premisa de que los daños o secuelas sufridos por el imputado en la comisión del delito que intencionalmente no

6 CORNEJO, Abel (97). Teoría de la Insignificancia. Edit. Ad-Hoc. p. 99-100.

procuró pero que le es atribuible por su actuar imprudente, negligente, imperito o con inobservancia de alguna norma, es suficiente sanción y, por tanto, la eventual aplicación de una pena constituiría un exceso estatal y una lesión al principio de proporcionalidad.

En el cuarto numeral se acude nuevamente al criterio de insignificancia al posibilitar la prescindencia del ejercicio de la acción penal, cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o la que se le impuso o se le impondría al imputado en un procedimiento tramitado en el extranjero. En el primer caso se alude a hechos enjuiciados en el país y cuya gravedad torne insignificante la sanción por el hecho de cuya persecución se prescinde, en el segundo caso, si el imputado es enjuiciado por otros hechos en el extranjero, la aplicación del principio de oportunidad permite establecer certeza sobre su situación jurídica en Venezuela. En esta hipótesis queda claro que debe tratarse de hechos distintos que son objeto de enjuiciamiento en país extranjero, pues si bien en respeto del ne bis in idem Venezuela reconoce la autoridad de la cosa juzgada extranjera, si se tratare del mismo hecho punible, el sólo enjuiciamiento no generaría la extinción de la acción penal ya que el país conservaría su jurisdicción para enjuiciar el hecho si en el país extranjero el proceso penal no concluye con una decisión definitiva.

Adicionalmente se han excluido de los supuestos de oportunidad sin considerar el quantum de la pena o el grado de participación del imputado, las causas por los delitos de homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, el delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra.

1.2. Supuesto especial

Prevé el art. 40 que el fiscal del Ministerio Público solicitará autorización al juez o jueza de control, para aplicar el supuesto especial de oportunidad, cuando se trate de hechos producto de la delincuencia organizada o de la criminalidad violenta y el imputado colabore eficazmente con la investigación, aporte información esencial para evitar que continúe el delito o se realicen otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos, o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la pena que corresponda al hecho punible, cuya persecución se suspende, sea menor o igual que la de aquellos cuya persecución facilita o cuya continuación evita.

Podría afirmarse que estas disposiciones formarán parte de lo que se ha denominado como Derecho Premial, es decir, el conjunto de "normas de atenuación o remisión total de la pena orientadas a premiar y así fomentar conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la conducta criminal o bien de abandono futuro de las actividades delictivas y colaboración con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, el desmantelamiento de la organización criminal a que pertenezca el inculpado. Desde una perspectiva político-criminal, son, pues, razones de pragmatismo las que fundamentan estas disposiciones que conceden beneficios penales: la evitación de futuros delitos y el descubrimiento de los ya cometidos"[7]

El COPP inicialmente se refirió a este sujeto como un informante, es decir, aquella persona que atribuyéndosele un hecho merecedor de una pena menor a la de otros coimputados en casos de delincuencia organizada o criminalidad violenta, aportaba información esencial acordándose en consecuencia la suspensión del ejercicio de la acción hasta tanto el Ministerio Público corroborara la información aportada. Si la colaboración satisfacía las expectativas que habían motivado la suspensión del ejercicio de la acción penal, procedía la declaratoria de sobreseimiento por extinción de la acción, caso contrario el fiscal debía ejercerla.

En la reforma de 2001 se cambia la naturaleza jurídica de la figura convirtiéndola en una circunstancia atenuante, al contemplarse la suspensión del ejercicio de la acción a favor del "informante arrepentido" imputado por un hecho menor o igual a aquellos cuya persecución facilita o evita, hasta tanto la investigación concluyera, oportunidad en la cual debía reanudarse el proceso y en la oportunidad de dictar sentencia, rebajarse la pena aplicable a la mitad de la sanción establecida para el delito que le había sido atribuido.

En el COPP vigente se le califica como "informante" previéndose la separación de su causa de la de los demás delitos imputados – es decir, no se suspende el ejercicio de la acción penal – y manteniéndose la rebaja de pena en la mitad de la sanción establecida para el delito que se le impute, siempre que las expectativas del Ministerio Público hayan sido satisfechas, lo cual debe hacerse constar en el escrito de acusación.

Es de advertir que el COPP, en el llamado supuesto especial de oportunidad, ha utilizado una denominación que no se corresponde con la empleada por la doctrina y legislación comparadas. En efecto, EDWARDS[8], al referirse a la modificación a la Ley de Estupefacientes y analizar la Ley 24.424 argentina señala que el arrepentido "es una técnica de investigación que emplean las autoridades para obtener información sobre

7 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel (2005). El coimputado que colabora con la justicia penal: Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, (07-05), recuperado de: http://criminet.ugr.es/recpc, p. 2.

8 EDWARDS, Carlos Enrique (1996). El Arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada. Modificación a la Ley de Estupefacientes. Análisis de la ley 24.424, Editorial AD-Hoc, Buenos Aires. p. 31.

los integrantes, funcionamiento, etc., de una organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes", al ser uno de los integrantes de la organización el arrepentido permite penetrar el corazón de la misma. Sostiene este autor que son cinco los elementos que caracterizan al arrepentido: a) reviste la calidad de imputado de un delito referido a estupefacientes; b) brinda información; c) debe tratarse de información significativa; d) esa información tiene una finalidad de identificación de personas o de secuestro de cosas, y e) se favorecerá con una reducción o eximición de pena, en tanto que el informante "es la persona física que provee información sobre el tráfico de estupefacientes a la autoridad policial o judicial; sería, lo que la jerga policial denomina como 'datero'"[9].

Por su parte, DE LA ROSA[10], comentando el sistema español indica que los "arrepentidos son coimputados que colaboran con la justicia penal en el descubrimiento del delito y por tanto se hacen acreedores a medidas de levantamiento o atenuación de la pena" y en el mismo sentido CAMPOS y CORTES[11] ratifican que el testigo de la corona o arrepentido es una persona que se encuentra involucrada en un delito relacionado con el crimen organizado y negocia con la Fiscalía el "suministro de información que ayude a evitar otros delitos o a individualizar otros autores, a cambio de una pena menor o de la impunidad"

Como indica PERDOMO TORRES[12], usualmente esta clase de regulaciones aparecen como reacción ante un "estado de crisis" en la investigación surgido especialmente de las particularidades de algunas formas organizadas de la criminalidad como el terrorismo, el narcotráfico, la corrupción, entre otras, ante las cuales los mecanismos convencionales de la administración de justicia resultan poco efectivos debido, entre otras cosas, a las estructuras y formas de actuación peligrosas y conspirativas que son propias de estas organizaciones delictivas.

No obstante que actualmente podría convenirse en que la figura del informante es de carácter sustantivo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el fallo No. 1493 del 16 de julio de 2007 que se trata de una "institución procesal penal a la que puede acogerse un imputado, ofreciendo información al Ministerio Público antes de la presentación de la acusación, con la finalidad de contribuir en la investigación penal y obtener, por esta vía, una rebaja en la pena aplicable, si la información suministrada resulta útil y eficaz". A tales efectos, en orden a determinar la utilidad y eficacia de la información ofrecida para que proceda la rebaja de la pena aplicable como "premio a la delación", es fundamental que se haya suministrado "información eficaz y útil para la investigación penal y posterior enjuiciamiento de este tipo de hechos delictivos".

9 Idem. p33.

10 DE LA ROSA CORTINA, José Miguel (2012), Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados. Testigos imputados y testigos condenados, Thomson Reuters Aranzadi, España, P. 152

11 CAMPOS CALDERÓN, Federico y CORTÉS COTO, Ronald (2007). El valor probatorio de las declaraciones incriminatorias de coimputados en el proceso penal, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, Costa Rica, p. 134

12 Ob. cit. p. 132.

En cuanto a la forma de suministrar la información precisa la Sala que en principio, "la delación debe darse en un solo acto, a fin de evitar investigaciones interminables o extensas; no obstante, cuando el Ministerio Público estime que la información es relevante para la investigación, la llamada extensión de la delación, entendida como el ofrecimiento de nueva información, sería procedente sólo si es realizada antes de la conclusión de la investigación de los hechos delatados. En consecuencia, las informaciones ofrecidas bajo este supuesto especial del principio de oportunidad después de la acusación no serían procedentes, ya que el momento de acogerse al supuesto especial tratado, comienza desde que la persona adquiere la condición de imputado y termina justo antes de la presentación de la acusación por parte del Ministerio Público, ya que después de presentada la acusación, de haberse cumplido con todos los extremos del artículo 39 [ahora art. 40] del Código Orgánico Procesal Penal, el delator adquiere su condición de informante arrepentido, haciéndose merecedor de las medidas de protección para garantizar su integridad física por parte del Estado". Actualmente la previsión del art. 40 ordena la separación de las causas de donde se deduce que la condición de informante se adquiere desde el momento en que se suministra la información.

Por su parte, la Sala de Casación Penal mediante sentencia No. 390 del 19 de agosto de 2010, ha sostenido en torno a la figura del informante que este "es un supuesto especial del principio de oportunidad, consistente en la colaboración voluntaria y eficaz prestada por el imputado al fiscal, con el objeto de coadyuvar en la persecución penal de responsables de delitos cometidos por la delincuencia organizada o de la criminalidad violenta. En contraprestación por esta colaboración, el informante arrepentido, va a recibir un beneficio expresado en la rebaja de la pena del delito que le es imputado, rebaja cuya cuantía esta determinada por la ley, y que será de la mitad de la pena correspondiente para el mismo".

Queda claro del fallo precedentemente citado, que el informante debe tener la condición de imputado, que con la información suministrada colabore eficazmente con la investigación, y que haya sido esencial para evitar que continúe el delito o se realicen otros. "De tal forma, producto de la intervención o colaboración del informante arrepentido, se logra llevar eficazmente la investigación, resultando circunstancias positivas para el esclarecimiento del hecho, y la determinación del o los culpables", por lo que es inaceptable que desde el mismo momento de la presentación del imputado pueda solicitarse y aplicarse esta figura.

1.3. Control jurisdiccional

El COPP exige que el Ministerio Público, para prescindir del ejercicio de la acción penal, obtenga previamente la autorización del tribunal de control, lo que podría quizás tildarse como un resabio de inquisitivismo, pues resultaría cuando menos absurdo que

el "titular"[13] de la acción deba solicitar autorización para prescindir de algo que le pertenece. Sin embargo, a ello habría que oponer el sistema de control entre uno y otro sujeto procesal que se advierte claramente a todo lo largo del COPP; en este caso el juez ejerce un control sobre la legalidad de la actuación del Ministerio Público, pues si bien éste está facultado para aplicar criterios de oportunidad, se trata de una discrecionalidad reglada, dado que tiene que someterse a los casos taxativamente fijados en la ley. Por otra parte, dada la supremacía y amplitud de poderes que se concentran en el fiscal del Ministerio Público, pareciera necesaria la garantía del control jurisdiccional.

En todo caso ese sistema de control no es uniforme. Así, la Ordenanza Procesal Penal Alemana (StOP) que prevé de ordinario el control jurisdiccional, permite que, cuando se trate de motivos políticos, el fiscal pueda abstenerse de la persecución penal o desistir de ella, sin que sea necesaria la conformidad del tribunal (153).

En otros sistemas es necesario para que el fiscal pueda hacer uso de un criterio de oportunidad, que el agraviado consienta en ello y se le haya reparado el daño causado. Es el caso de Guatemala cuyo Código Procesal Penal (art. 25) prevé:

> El Ministerio Público con consentimiento del agraviado, si lo hubiere, y autorización del juez de primera instancia o de paz que conozca del asunto, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:
> 1) Cuando se tratare de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando a pedido del Ministerio Público, el máximo de la pena privativa de libertad supere dos años de prisión, o se hubiere cometido por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo;
> 2) Cuando la culpabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima, salvo que se tratare de un hecho delictuoso cometido por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo;
> 3) Cuando el inculpado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada.
>
> En los casos anteriores es necesario que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado en ese sentido.
> Si la acción penal hubiere sido ya ejercida, el juez de primera instancia o el tribunal podrá, a petición del Ministerio Público, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso (cursivas nuestras).

Por su parte, en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal colombiano (num. 1) contempla como uno de los supuestos que dan lugar a la aplicación del principio de oportunidad, que el delito sea sancionado con una pena privativa de libertad que no exceda de seis años y se haya reparado integralmente a la víctima.

El efecto de la admisión de algún criterio de oportunidad de los contemplados en el art. 38, es la extinción de la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo

13 Debe recordarse que conforme a lo establecido en el artículo 285 Constitucional y 11 del COPP, es el Estado el titular de la acción penal, cuyo ejercicio ha confiado a uno de sus órganos (el Ministerio Público), lo que ratifica el principio de oficialidad en el ejercicio de la acción.

beneficio se impuso (art. 39). Si la decisión tiene como fundamento la insignificancia del hecho, sus efectos se extienden a todos los que reúnan las mismas condiciones.

Se diferencia el principio de oportunidad de la institución del archivo fiscal, en cuanto a que en este último el fiscal del Ministerio Público no requiere de autorización judicial previa, en todo caso el control jurisdiccional es a posteriori y sólo si la víctima solicitare ante el juez de control el examen de la legalidad en la actuación del Ministerio Público. Para la aprobación de un supuesto de oportunidad se prevé que el juez o jueza "procurará" oir a la víctima.

2. Acuerdos reparatorios

El artículo 41 del COPP contempla la posibilidad de que puedan celebrarse acuerdos reparatorios entre imputado y víctima, cuando el hecho punible recaiga exclusivamente sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o se trate de delitos culposos contra las personas.

Esta institución que se basa en criterios de economía procesal, constituye una alternativa ante procesos largos y costosos, y un mecanismo para canalizar la selectividad espontánea del sistema penal. Los acuerdos reparatorios como medios conciliatorios "permiten la desburocratización de la justicia penal con la consecuente limitación de gastos y esfuerzos, y ello alienta la esperanza de disponer del tiempo necesario para impedir la impunidad o, acaso, simplemente juzgar a la criminalidad más grave"[14], adicionalmente constituyen un mecanismo para que el Estado cumpla la obligación impuesta en el art. 30 Constitucional en el sentido de procurar que las víctimas de delitos comunes sean reparadas por los daños causados.

2.1. Antecedentes

Tal como se asienta en la Exposición de Motivos del COPP, el texto venezolano se inserta dentro del proceso de reforma procesal penal latinoamericano y, es justamente en instrumentos como esos que incorporan un modelo procesal de corte predominantemente acusatorio, donde se ubican los antecedentes de la institución contemplada en el art. 41.

En efecto, en el Código Procesal Penal de Costa Rica, vigente desde el 1° de enero de 1998, se prevé en el literal j) del art. 30 como causal de extinción de la acción penal, la

> reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia contra las personas o en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso.

14 NEWMAN, Elías (97). Mediación y Conciliación Penal. Ediciones Depalma. Buenos Aires. p. 32.

En el mismo sentido se manifestaba el para la fecha Proyecto de Código Procesal Penal de Paraguay, suprimiendo respecto de los delitos patrimoniales el que se hubieren cometido "sin grave violencia contra las personas" y el Código de El Salvador cuando contempla también como causal de extinción de la acción penal,

> la reparación integral del daño particular o social causado, admitida por la víctima o la Fiscalía General de la República, según el caso, y realizada antes de la vista pública, en los delitos relativos al patrimonio o de contenido patrimonial y a la libertad individual, excepto en los casos de hurto agravado, robo, robo agravado, extorsión, privación de libertad y secuestro.

Pero, el antecedente directo de la norma venezolana lo constituyó el art. 334 del para entonces Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal Chileno, norma que en el parlamento pasó a ser el 315 y que era del siguiente tenor:

> Acuerdos reparatorios. Cuando el delito que se persigue recayere sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o susceptibles de apreciación pecuniaria, o cuando se tratare de delitos culposos que no hubieren producido resultado de muerte ni afectaren en forma permanente y grave la integridad física de las personas, el juez podrá aprobar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, verificando que quienes concurran al acuerdo hayan prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.
> El acuerdo reparatorio extinguirá la acción penal respecto del imputado que hubiere intervenido en él.
>
> Cuando existiere pluralidad de imputados o víctimas, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido al acuerdo.
> El juez ordenará todas las medidas necesarias encaminadas a hacer efectiva la reparación acordada.

La vigente normativa chilena, promulgada por ley 19.696 y publicada el 12 de octubre de 2000, prevé en su artículo 241 que:

> El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.
> Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.
> En consecuencia, de oficio o a petición del ministerio público, el juez negará aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los previstos en el inciso que antecede, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal.

Tal como lo advierte HORVITZ LENNON[15], esta figura podría conllevar a una privatización de la persecución penal pero a casos en que tradicionalmente ha

15 HORVITZ LENNON, María Inés. "Ministerio Público y Selectividad", en Ministerio Público, Pena y Estado, Año 2, Número 2, Revista Latinoamericana de Política Criminal. p. 121.

predominado el planteamiento de existencia de un interés público comprendido, aunque sin mayor fundamentación empírica o explicación teórica (cursivas nuestras).

2.2. Procedencia

La norma en cuestión (art. 41) supone la concurrencia de dos requisitos para la procedencia de los acuerdos reparatorios, a saber: a) convenimiento entre imputado y víctima y, b) que el hecho punible recaiga exclusivamente sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o se trate de delitos culposos. A tales efectos, conviene determinar el alcance de esas exigencias.

2.2.1. Acuerdo entre imputado y víctima

A través de los acuerdos reparatorios se devuelve el conflicto al imputado y a la víctima. Al Estado siempre ha interesado el delincuente por ser éste quien ha lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos que aquél tutela a través de la norma penal, quizás eso podría explicar mas no justificar la relegación de la víctima. Como afirma NEWMAN[16], no se trata de privatizar a la justicia penal privatizando el conflicto, sino de repersonalizarlo, lo que sugiere otras vivencias y compromisos, empezando por el resarcimiento de los daños a la víctima.

El COPP (art. 121), contempla una definición amplia de víctima, pues se reconoce esta condición no sólo al titular del bien jurídico afectado por el delito, sino también a otros sujetos relacionados con aquél; es el caso del o la cónyuge o la persona con quien mantenga relación estable de hecho, hijo o hija, o padre adoptivo o madre adoptiva, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y al heredero o heredera, en los delitos cuyo resultado sea la incapacidad o la muerte del ofendido u ofendida o se perpetre en perjuicio de una persona incapaz o de una persona menor de dieciocho años; cuyo resultado sea la muerte del ofendido; los socios o socias, accionistas o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan; y las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito.

La condición de imputado, se adquiere, a tenor de lo establecido en el art. 126 del COPP, con el primer acto de procedimiento, concepto este que no fue expresamente definido por el legislador. La LOPNNA en su art. 654 refiriéndose al primer acto de procedimiento en materia de responsabilidad penal, lo define como cualquier indicación policial, administrativa, del Ministerio Público o Judicial que señale a un adolescente como posible autor o partícipe de un hecho punible. Podríamos considerar, tal como se prevé en el Código Procesal Penal de Guatemala (art. 71), que se entiende por aquél, "cualquier indicación que señale a una persona como posible

16 Ob. cit. p. 52.

autor de un hecho punible o de participar en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal". En el caso del COPP, se trataría de cualquier actuación realizada por el Ministerio Público o los órganos de policía de investigaciones penales que señale a una persona como autora o partícipe en la comisión de un hecho punible.

Con el reconocimiento de la víctima como sujeto procesal titular de una serie de derechos, se procuró modificar radicalmente el tratamiento de esta figura generalmente marginada del sistema penal. En efecto, el art. 120 del COPP, declara que uno de los objetivos del proceso penal es la "reparación del daño causado a la víctima del delito". A la víctima, como afirma MAIER[17], no se habían reservado demasiados ámbitos de poder, ni siquiera en función de la idea de protección de bienes jurídicos que rige de alguna manera en el Derecho Penal, sobre todo la de bienes jurídicos individuales y, aún más disponibles con un portador físico. De allí que por esta vía, tendrá la víctima la posibilidad de obtener una reparación rápida del perjuicio causado o una disculpa, según el caso, con lo que se cumplen satisfactoriamente los fines preventivos perseguidos por la pena y se logra una solución más racional y adecuada a los intereses de los afectados en forma real por el delito[18]-

Indudablemente que la conformidad de la víctima supone su individualización, por tanto, no podría invocarse la aplicación de esta alternativa a la prosecución del proceso, ante hechos punibles donde la víctima es colectiva o se trata de "delitos sin víctima".

La posibilidad de que la reparación acordada entre imputado y víctima tenga por efecto la extinción de la acción penal, constituye una devolución del conflicto a sus legítimos propietarios, pues son esos dos sujetos procesales quienes han sufrido los efectos del delito: uno por perpetrarlo y otro por recibir el daño.

Precisados quienes son los sujetos procesales legitimados para convenir en el acuerdo, resulta pertinente determinar qué se entiende por reparación.

La reparación es básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo, colocando el mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito o en la posición a la que debía arribar, conforme a las previsiones el legislador, al mandar la realización obligatoria de una acción o al prohibir la realización de otra. Dado que en ocasiones es imposible esa reparación, se procura un sustituto: el resarcimiento económico del daño, es decir, la indemnización. En algunas ocasiones se hace uso de otros sustitutos más alejados del daño original, Vgr. el jardinero que, para compensar el daño sufrido por la víctima en su integridad física, cuida de su jardín durante un tiempo[19].

Intervención del Ministerio Público

En las versiones del COPP previas a junio de 2012, no se contemplaba la intervención del Ministerio Público en la celebración de los acuerdos reparatorios, por

17 MAIER, Julio (92). "La víctima y el sistema penal", en De los Delitos y las Víctimas. Edit. Ad-Hoc. p. 187.
18 CÓRDOBA, Fernando (93). "La posición de la víctima", en El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Compilador Julio B: J. Maier, Editores del Puerto. p. 97.
19 MAIER. La Víctima… p. 212.

lo que siempre estimamos que aquél, dado su carácter de parte de buena fe, podría mediar entre imputado y víctima, procurando por esta vía evitar al imputado los efectos dañosos de la pena y propiciando la pronta reparación a la víctima del daño causado. También podría participar, en su condición de garante de la legalidad en caso de que advirtiere la posible aprobación de un acuerdo reparatorio en contravención a las previsiones del art. 41. Actualmente se dispone que el juez debe notificar al fiscal del Ministerio Público a cargo de la investigación para que emita su opinión sobre la viabilidad del acuerdo.

2.2.2. Bienes jurídicos disponibles de carácter exclusivamente patrimonial o delitos culposos

2.2.2.1. Noción de bien jurídico

La noción de bien jurídico, como límite al poder punitivo del Estado, cuya introducción al Derecho penal se atribuye a BIRNBAUM (según otros[20] se ubica en la obra de BECCARIA) no tuvo en sus inicios un contenido material. Hoy día aparece como un instrumento sistematizador de la ciencia penal, cuyos efectos se concretan en el ámbito de la política criminal como condicionante de la labor del legislador pero al mismo tiempo de necesaria valoración judicial.

Según HORMAZÁBAL[21], el bien jurídico en cuanto producto social es un producto histórico, esto es, que no pertenece a la sociedad en abstracto sino que surge de un sistema concreto de relaciones sociales en un período determinado. Es el producto, en consecuencia, de las condiciones concretas de esa sociedad, de las condiciones específicas de la superestructura social y política y de un ámbito particularizado de ella: de la superestructura jurídico-social. Señala este autor, refiriendo a BUSTOS, que el bien jurídico tiene un doble carácter sintético: es una síntesis normativa y una síntesis social. Por tanto, cuando el estado establece un tipo penal quiere prohibir la relación social entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en las condiciones objetivas y subjetivas contempladas en el propio tipo. El tipo constituye una forma específica de negación de la prohibición más genérica contemplada en la norma penal. El tipo contiene una relación social que niega otra relación social, la relación social concreta protegida por la norma penal, que es el bien jurídico. Por lo tanto, la relación entre norma y tipo es una relación dialéctica de afirmación y negación de una relación social concreta. La norma penal afirma al bien jurídico en la medida que lo protege prohibiendo su afección. El tipo penal es continente de una forma específica de negación de esa relación social concreta que es el bien jurídico protegido por la norma.

20 BARBOSA CASTILLO, Gerardo y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo (96). Bien Jurídico y Derechos Fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia. Universidad Externado de Colombia. p. 9.

21 HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán (92): Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal). Editorial Jurídica ConoSur. p. 151-153.

2.2.2.2. Disponibilidad

Para determinar la disponibilidad de un bien jurídico, debe antes valorarse su carácter, esto es, si se trata de un bien jurídico individual o colectivo. Si se trata de un bien jurídico individual, es obvio que su titular puede disponer de él, no así, tratándose de bienes jurídicos comunitarios o colectivos que no pueden ser objeto de disposición por no tener un titular único.

Tal como advierte QUERALT[22] no puede hablarse de mediación, y los acuerdos reparatorios sin lugar a dudas constituyen una forma de mediación, más allá de las infracciones estrictamente económicas y que afecten a sujetos individuales, o en su defecto claramente individualizables. Este sin lugar a dudas, es el sentido de la exigencia del art. 41 del COPP. A este respecto conviene estudiar la posibilidad de aplicación de esta figura en delitos que tutelan bienes jurídicos colectivos como es el caso de los previstos en la Ley contra la Corrupción (LCC).

De la revisión de los tipos penales contenidos en la LCC, se advierte que en éstos se tutelan diversos bienes jurídicos, en algunos casos la sana administración, la honestidad o moralidad del funcionario o, como en el caso del peculado, el interés político administrativo propio del Estado en el fiel y leal cumplimiento de las funciones por parte de sus representantes, los funcionarios públicos[23], bienes jurídicos que el legislador agrupa en la expresión "delitos contra el patrimonio público", igualmente este texto legal incorpora varios tipos penales con los que se pretente tutelar la "administración de justicia" en la aplicación de esa Ley, en tal virtud, dado que el interés público siempre aparecería comprometido, estimamos que no sería posible la suscripción de un acuerdo reparatorio respecto de estos delitos. Esta tendencia se advierte en el mismo Código cuando trata otra alternativa a la prosecución del proceso como es el principio de oportunidad, pues los numerales 1 y 2 del artículo 38, exceptúan de los supuestos en los que el fiscal del Ministerio Público, previa autorización del juez de control, podría prescindir del ejercicio de la acción penal, los casos en que el hecho haya sido cometido "por un funcionario o funcionaria, empleado público o empleada pública, en ejercicio de su cargo o por razón de él". Resultaría incongruente que una institución que tiene su misma naturaleza jurídica permitiere la aprobación de tales acuerdos si el imputado fuere un funcionario o empleado público.

Por otra parte, tampoco procede la aprobación de los acuerdos reparatorios cuando el hecho punible de que se trate tenga el carácter de complejo o pluriofensivo y uno de los bienes jurídicos tutelados no sea susceptible de disposición o de apreciación

22 QUERALT, Joan (97). "Víctimas y Garantías: Algunos cabos sueltos". En Política Criminal y Nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, J.M. Silva Sánchez (ed.). Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosch Editor. p. 153

23 GARCÍA ITURBE, Arnoldo (69). "Delitos contra la Cosa Pública y contra la Administración de Justicia".
En Colección Tesis de Doctorado. Volumen III. Publicaciones de la Facultad de Derecho. U.C.V. Caracas.
p. 23.

pecuniaria, tal es el caso del robo agravado previsto en el art. 458 del CP, norma en la que se tutelan, además del derecho a la propiedad, el derecho a la libertad individual y, este último, ni es susceptible de disposición ni tiene carácter patrimonial.

2.2.2.3. Contenido patrimonial

Indudablemente que tienen contenido patrimonial no sólo los delitos contra la propiedad previstos en el CP, también los previstos en la Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera, en la LCC, Ley Contra el Robo y Hurto de Vehículos, la Ley contra el Secuestro y la Extorsión, los relacionados con la actividad bancaria, con la hacienda pública, contra el consumidor y el usuario, etc., pues la noción "patrimonio" del latín patris, del padre y munus, cargo, abarca la universalidad jurídica de los derechos reales y personales de un individuo[24].

La expresión "de carácter patrimonial" –expresión que además fue incorporada al COPP durante su discusión en las Cámaras Legislativas, pues el Proyecto enviado por la Comisión Legislativa del Congreso de la República, órgano a quien correspondió su discusión y aprobación inicial, carecía de ella– tiene en el caso venezolano una connotación muy amplia, no así en los Códigos y Proyectos que sirvieron de orientación a la citada Comisión cuando se formuló la alternativa actualmente prevista en el art. 41 del COPP. En efecto, en la mayoría de los códigos penales vigentes en los países que incluyen los acuerdos reparatorios como una alternativa que permite la conciliación entre la víctima e imputado, se denomina "Delitos contra el Patrimonio" a lo que en Venezuela, por contar con un Código tradicional, se trata bajo el título "Delitos contra la Propiedad".

Es esa además la tendencia que se advierte en los códigos penales reformados en los últimos años. En efecto, el Código Penal Colombiano del año 1980 y el actual, del año 2000, bajo el Título que trata de los "Delitos contra el Patrimonio Económico", regula el hurto, la extorsión, la estafa, el fraude mediante cheque, el abuso de confianza, las defraudaciones, la usurpación y el daño. Como se advierte, no obstante la amplitud de la denominación del Título, otros delitos que indudablemente tienen contenido patrimonial, como los que atentan contra el "Orden Económico social" y "Contra la Administración Pública", son objeto de una regulación autónoma. Por su parte, el Código Penal español, reformado en el año 1995, cambió la denominación que aún mantiene el Código venezolano por "Delitos Contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico", terminología esta última que ha sido seriamente cuestionada por un sector de la doctrina

2.2.2.4. Delitos culposos

En el caso de los delitos culposos, esto es, los perpetrados por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia normativa, se establece una particular regulación

24 GOLDSTEIN, Raúl (78). Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Segunda Edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. p. 521.

respecto del bien Jurídico tutelado, pues se circunscribe a los delitos culposos "contra las personas". El COPP, antes de su primera reforma, no hacía mención alguna al bien jurídico afectado por el delito culposo. A partir de agosto de 2000 y hasta la reforma de junio de 2012 no era posible la aprobación de un acuerdo reparatorio si se había producido la muerte o afectado en forma permanente y grave la integridad física de las personas.

2.3. Objeciones

a. Comúnmente se objeta a figuras como la que se comenta, que su aplicación podría lesionar la presunción de inocencia que favorece al imputado, toda vez que si la conciliación fracasa el juez podría utilizar sus declaraciones o el reconocimiento de la culpabilidad que éste haya expresado.

Como advierte BUSTOS RAMÍREZ, tal objeción debe ser matizada, pues se trata de un procedimiento voluntario que termina por acuerdo entre las partes y, por tanto, su objetivo no es encontrar culpabilidades estigmatizantes como en el proceso penal, ni tampoco establecer sanciones propiamente penales, sino lograr una satisfacción a la víctima mediante una respuesta del agresor, que no necesariamente ha de consistir en una prestación económica ya que puede bastarle simplemente el hecho de una explicación y una pacificación en las relaciones víctima-agresor.

A pesar de tratarse de un procedimiento completamente alternativo al sistema penal, a partir de la reforma del año 2001 se estableció que en caso de que el acuerdo reparatorio se efectúe después que el Fiscal del Ministerio Público haya presentado la acusación, y ésta haya sido admitida, se requerirá que el imputado, en la audiencia preliminar, o antes de la apertura del debate, si se trata de un procedimiento abreviado, admita los hechos objeto de la acusación. De incumplir el acuerdo, el Juez pasará a dictar la sentencia condenatoria, conforme al procedimiento por admisión de los hechos, efecto que igualmente se genera en los casos en que la reparación se hubiere ofrecido a plazos y el imputado incumpla. Con tal previsión se reconoce a nivel del derecho positivo una tendencia advertida en algún sector de la doctrina patria que se inclinaba por la tesis de la "tácita administración de los hechos" en los casos en que el imputado que proponía un acuerdo reparatorio incumplía posteriormente con las condiciones o la reparación fijadas.

Dada la intervención del juez de control a quien corresponde aprobar los acuerdos no podría alegarse que con ellos se lesionan derechos fundamentales de una de las partes, en este caso, el imputado.

b. Se ha afirmado que los acuerdos reparatorios propician una "justicia de clases" dado que sólo podría reparar quien disponga de los medios económicos necesarios y, por esta vía sólo quienes posean medios de fortuna serían beneficiados por la institución.

Conforme a lo establecido en el último aparte del art. 42 del COPP, en caso de incumplimiento del acuerdo los pagos y prestaciones efectuados no deben ser restituidos. De conformidad con esta previsión, es indudable que la reparación puede efectuarse en dinero, sin embargo, del contenido del art. 41 ejusdem que determina los supuestos de procedencia de esta alternativa, no se prevé de qué manera puede efectuarse la reparación; de allí que puede concluirse que la reparación a la víctima podría no ser dineraria; en consecuencia, no habría obstáculo alguno en que la reparación pudiere efectuarse con trabajo comunitario, en especies o a través de una disculpa pública a la víctima, entre otras posibilidades.

2.4. Oportunidad procesal

Los acuerdos reparatorios pueden aprobarse desde la fase preparatoria y hasta la fase intermedia, pues, en el curso de tal audiencia el juez debe informar a las partes sobre las alternativas a la prosecución del proceso[25].

Por otra parte, si ya la acusación propuesta por el fiscal fue admitida, el acto que procede es la apertura del juicio oral, por tanto, si se admitiera la aprobación del acuerdo superada esta etapa, dado que el fiscal no interviene en el acuerdo, estaría excluyendo a quien en nombre del Estado ejerce la acción penal.

En líneas generales, con estos acuerdos se pretende evitar la estigmatización que supone la condena a una pena privativa de libertad favoreciendo con ello la reeducación del transgresor y revitalizando el derecho de la víctima a la reparación del daño causado. Por esta vía anticipada de terminación del procedimiento, enmarcada dentro de una tendencia a la privatización del conflicto planteado y siempre que el interés público no aparezca seriamente comprometido, se pueden satisfacer los fines preventivos de la pena. "Otro efecto para nada desdeñable es la posible desaparición (…) del señalamiento comunitario que impide la normal reinserción del victimario. Bien se sabe que la culpa penal no se termina de pagar jamás dentro del sistema penal actual"[26].

3. Suspensión condicional del proceso

La suspensión condicional del proceso

> es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal en favor de un sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con ciertas y determinadas obligaciones legales e instrucciones que le imparta el tribunal para el caso concreto, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídico-penales posteriores. Si se transgrede o cumple insatisfactoriamente la prueba, el

25 Si bien el COPP denomina a los tres institutos contemplados en el Capítulo III Alternativas a la Prosecución del Proceso, se trata verdaderamente de mecanismos dirigidos a evitar el "juicio".

26 NEWMAN. ob. cit. p. 54.

> tribunal, previa audiencia en la que interviene el imputado, tiene la facultad de revocar la medida y retomar la persecución penal contra él[27].

Como indica VITALE[28], la suspensión del proceso a prueba está prevista tanto en favor de la víctima – cuyo perjuicio se procura reparar, en la medida de las posibilidades del imputado – como en beneficio del imputado – que evitará el riesgo de ser sometido a juicio y, con ello, la posibilidad de ser condenado y eventualmente encarcelado – y en favor de la sociedad en general, que verá así incrementadas las posibilidades de integración comunitaria de las personas sometidas a proceso penal y, con ello, encontrará resueltos ciertos conflictos de una mejor manera. En resumen, según este autor la institución de la suspensión condicional del proceso tiene como finalidades, disminuir el peso de la selectividad irracional propia del sistema penal, brindar protección a la víctima a través de la reparación de los daños que el delito le causó, lograr o mantener cierta cuota de integración social de los imputados a través de la internalización de pautas positivas de conducta, evitar un posible antecedente condenatorio y evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad.

Esta figura se regula ante el reconocimiento de una contradicción procesal muy común en los sistemas latinoamericanos y patente en el caso de Venezuela durante la vigencia del CEC, pues, no obstante reconococerse el principio de la presunción de inocencia, se suele mantener detenido preventivamente al procesado (que goza de esa presunción) pero se permitía la libertad de quien había resultado condenado (con lo que la presunción ha quedado desvirtuada) si éste cumplía con algunos requisitos legales, es éste el caso de la suspensión condicional de la ejecución de la pena prevista en el código adjetivo y antes desarrollada por la ya derogada Ley de Beneficios en el Proceso Penal.

Efectivamente, el penado que reúna los requisitos enunciados en el art. 482 del COPP[29] puede solicitar que se le suspenda condicionalmente la ejecución de la pena que le hubiere sido impuesta. Ante ello habría que preguntarse, si un sujeto a quien se ha declarado culpable de la comisión de un delito puede obtener su libertad, ¿cómo es que a un inocente no se reconoce el mismo derecho?

---

27 MARINO, Esteban ('93). Suspensión del procedimiento a prueba. En: El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Editores del Puerto. Buenos Aires. p. 29.

28 VITALE, Gustavo (2004). Suspensión del proceso penal a prueba, 2ª Edición Actualizada, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, SRL. p. 41 y ss.

29 Para que el Tribunal acuerde la suspensión condicional de la ejecución de la pena se requerirá: 1. Que exista un pronóstico de clasificación de mínima seguridad del penado o penada, emitido de acuerdo a la evaluación realizada por un equipo técnico, constituido de acuerdo a lo establecido en el numeral 3 del artículo 488; 2. Que la pena impuesta en la sentencia no exceda de cinco años; 3. Que el penado o penada, se comprometa a cumplir las condiciones que le imponga el tribunal o el delegado o delegada de prueba; 4. Que el penado o penada presente oferta de trabajo, cuya validez en términos de certeza de la oferta y adecuación a las capacidades laborales del penado o penada, sea verificada por el delegado o delegada de prueba; y 5. Que no haya sido admitida en su contra, acusación por la comisión de un nuevo delito, o no le haya sido revocada cualquier formula alternativa de cumplimiento de pena que le hubiere sido otorgada con anterioridad.

Como remedio ante la situación antes descrita el legislador ha previsto en el art. 43 del COPP, el derecho del imputado o imputada a solicitar al juez de control o al juez de juicio si se trata del procedimiento abreviado, la suspensión condicional del proceso, siempre que cumpla con los siguientes requisitos: a) que se trate de un delito, cuya pena no exceda de ocho años en su límite máximo; b) que admita plenamente el hecho que se le atribuye, aceptando formalmente su responsabilidad en el mismo; c) que no se encuentre sujeto a esta medida por otro hecho[30]; d) que no se hubiere acogido a esta alternativa dentro de los tres años anteriores; e) que formule una oferta de reparación del daño causado por el delito; y f) que se comprometa a someterse a las condiciones que le fueren impuestas por el tribunal conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del COPP.

Con los requisitos fijados en el artículo 43, el legislador mantiene el principio adoptado respecto de las otras dos alternativas a la prosecución del proceso, en el sentido de que tales instituciones están circunscritas a la pequeña y medida criminalidad, por tal razón no es posible decretar la suspensión condicional del proceso a un imputado a quien se atribuya un delito que en su límite máximo merezca una pena superior a los ocho años de privación de libertad. En relación con la exigencia de admisión de los hechos, se aprecia que los términos en que está planteada la misma y las consecuencias gravosas que se podrían generar para el imputado que incumpla las condiciones fijadas, afectaría la garantía constitucional prevista en el art. 49.5 Constitucional, según la cual ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma.

La exigencia de una oferta de reparación a la víctima favorece el cumplimiento por parte del Estado de la obligación que le impone el artículo 30 Constitucional. Tal oferta no tiene que ser necesariamente económica, pues puede consistir en la conciliación con la víctima o en la reparación natural o simbólica del daño causado y, a fin de que tal exigencia no se desnaturalice y pueda convertirse en un mecanismo de enriquecimiento sin causa a favor de la víctima, se faculta al juez para aprobar, negar o modificar la oferta de reparación presentada por el imputado, conforme a criterios de razonabilidad.

Al igual que en los supuestos de oportunidad previstos en el art. 38, no procede la suspensión condicional del proceso en las causas que se refieren a la investigación de los delitos de: homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, el delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad y delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra.

30 A tal efecto, el Tribunal Supremo de Justicia, a través del órgano del Poder Judicial que designe, llevará un registro automatizado de los ciudadanos a quienes les haya sido suspendido el proceso por otro hecho.

A fin de pronunciarse sobre el otorgamiento de la medida, el juez debe oír al fiscal, al imputado y a la víctima si está presente, haya participado o no en el proceso, y resolver en la misma audiencia. En la resolución el Juez deberá fijar las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso.

En caso de existir oposición de la víctima y del Ministerio Público, el Juez debe negar la petición. Esta decisión no tendrá apelación y se ordenará la apertura del juicio oral y público. Esto supone que si mediare la oposición de sólo uno de los referidos sujetos procesales el Juez podría acordar la suspensión del proceso.

El juez o jueza no podrá fijar en ningún caso un régimen de prueba inferior a un año ni superior a dos, y deberá determinar una o varias de las condiciones a las que el imputado se someterá, entre las siguientes (art. 45):

> 1. Residir en un lugar determinado;
> 2. Prohibición de visitar determinados lugares o personas;
> 3. Abstenerse de consumir drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas y de abusar de las bebidas alcohólicas;
> 4. Participar en programas especiales de tratamiento, con el fin de abstenerse de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas o bebidas alcohólicas;
> 5. Comenzar o finalizar la escolaridad básica si no la tiene cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el Juez o Jueza;
> 6. Prestar servicios o labores en favor del Estado o instituciones de beneficio público;
> 7. Someterse a un tratamiento médico o psicológico;
> 8. Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar, en el plazo que el tribunal determine, un oficio, arte o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia;
> 9. No poseer o portar armas;
> 10. No conducir vehículo si éste hubiere sido medio de comisión del delito.
> A proposición del Ministerio Público, de la víctima o del imputado o imputada, el juez o jueza podrá acordar otras condiciones de conducta análogas, cuando estime que resulten convenientes.
> En todo caso, el imputado o imputada deberá cumplir con la oferta de reparación acordada por el Juez, y someterse a la vigilancia que determine éste. El régimen de prueba estará sujeto a control y vigilancia por parte del delegado de prueba que designe el Juez o Jueza, y en ningún caso, el plazo fijado podrá exceder del término medio de la pena aplicable.

A pesar de que el COPP fija el plazo de un año como mínimo para el régimen de prueba, consideramos que tal plazo no tendría aplicación en caso de delitos cuyo límite máximo de pena fuere menor a un año, pues no es posible someter a restricciones a un imputado -además favorecido por la presunción de inocencia- a la limitación de alguno de sus derechos por un tiempo superior al de la posible pena que podría llegar a cumplir.

El efecto del cumplimiento por parte del imputado de las condiciones impuestas, es el sobreseimiento de la causa que, en audiencia, deberá decretar el juez.

Aún cuando el COPP expresamente no lo declara, estimamos que la decisión mediante la cual el juez de control suspende condicionalmente el proceso puede causar un gravamen irreparable al Ministerio Público, en razón de lo cual éste podría impugnarla en razón de lo dispuesto en el numeral 5 del art. 439. Indudablemente que también podría el Ministerio Público recurrir del sobreseimiento dictado como consecuencia del cumplimiento de las condiciones fijadas por el tribunal, dado que tal decisión al provocar la extinción de la acción penal pone fin al proceso.

En caso de que el imputado incumpla en forma injustificada alguna de las condiciones que se le impusieron, o de la investigación que continúe realizando el Ministerio Público, surjan nuevos elementos de convicción que relacionen al imputado con otro u otros delitos, el juez deberá oír al Ministerio Público, al acusado o acusada, y decidir –mediante auto razonado– acerca de la revocación de la medida y subsiguiente reanudación del proceso procediendo a dictar la sentencia condenatoria fundamentada en la admisión de los hechos efectuada por el acusado al momento de solicitar la medida. La exigencia de que la orden de reanudación del proceso se efectúe mediante auto razonado, supone que no es posible acordar la revocatoria de la medida sin que se le permita al imputado ser informado de las condiciones presuntamente incumplidas; de esta manera se garantiza su derecho a la defensa. La incomparecencia de la víctima debidamente notificada de la realización de la audiencia, no suspende el acto.

Sin embargo, en lugar de la revocación el juez puede, por una sola vez, ampliar el plazo de prueba por un año más, previo informe del delegado de prueba y oída la opinión favorable del Ministerio Público y de la víctima, si está presente. Consideramos que el prorrogar hasta por un año el régimen de prueba podría concretarse en caso de delitos que merezcan una pena mayor de dos pero menor de tres años de privación de libertad, pues no sería posible imponer al imputado un período de prueba superior al de la pena que el delito merecería.

Si el imputado fuere procesado por la comisión de un nuevo hecho punible, el Juez, una vez admitida la acusación por el nuevo hecho, salvo que se trate de delitos culposos contra las personas, debe revocar la suspensión condicional del proceso y resolver lo pertinente. En caso de revocatoria de la suspensión condicional del proceso, los pagos y prestaciones efectuados no serán restituidos.

Suspensión del curso de la prescripción de la acción penal

Dado que el imputado podría incumplir con las condiciones fijadas en los casos en que se celebra un acuerdo reparatorio a plazos o se suspende el proceso bajo condición, se dispone en el artículo 48 del COPP que durante estos períodos quedará en suspenso la prescripción de la acción penal.

LOS SUJETOS PROCESALES V

De conformidad con lo previsto en el art. 105 del COPP todas las partes deben litigar de "buena fe". Considerando parte1, según la corriente tradicional, a aquél que ejerce o contra quien se ejerce una acción en el proceso penal, estarían obligados a actuar de buena fe no sólo el Ministerio Público, sino también la víctima, el imputado y su defensor.

Como afirma CLARIÁ OLMEDO[2] la noción de "partes" resulta más restringida que la de "personas del proceso" por cuanto requiere la nota de "sujetos procesales", pero no comprende a todos los sujetos por cuanto queda excluido el Tribunal. Ante éste actúan las partes como contradictores sobre la *res iudicanda*. Indica este autor que en sentido sustancial, son partes en el proceso el sujeto que pretende y el sujeto contra quien se pretende ante el órgano jurisdiccional, pero frente a la cuestión penal corresponde advertir que el titular del poder de acción es el Estado, quien a su vez es titular de la función jurisdiccional.

El concepto procesal de parte, tal como indica Teresa Armenta[3], no es fácilmente aplicable al ámbito procesal penal pues, como refiere esta autora "son partes aquel o aquellos sujetos que pretenden una tutela juridiccional y aquel o aquellos frente a los cuales se solicita dicha tutela" y, trasladar directamente esta nación reduciría la condición de parte al imputado y a la víctima dejando "en el terreno de la indefinición a otros sujetos, como el Ministerio fiscal o el acusador popular". Por ello propone acoger una acepción formal, según la cual "parte es quien actúa en el proceso pidiendo al órgano jurisdiccional una resolución jurisdiccional; y, quien aporta alegaciones, pruebas y el material, así como participa de la contradicción".

Conforme a las previsiones del COPP, en lo penal son sujetos procesales el Ministerio Público, el querellante y el imputado; en lo civil el actor civil y el imputado. No considera el Código venezolano la situación del reclamante civil y del tercero civilmente responsable, por cuanto tal texto adjetivo regula el ejercicio de la acción civil derivada de delito ante el tribunal penal pero una vez que medie sentencia condenatoria definitivamente firme, por ello ambos sujetos no aparecen mencionados en la enumeración que el citado Código hace a partir del art. 108.

---

1 Para GUASP DELGADO serán partes procesales aquella que formula y aquella frente a quien se formula la pretensión objeto del proceso, (GUASP DELGADO, Jaime (85). *La Pretensión Procesal*. Segunda Edición. Cuadernos Civitas. Madrid. p. 93.

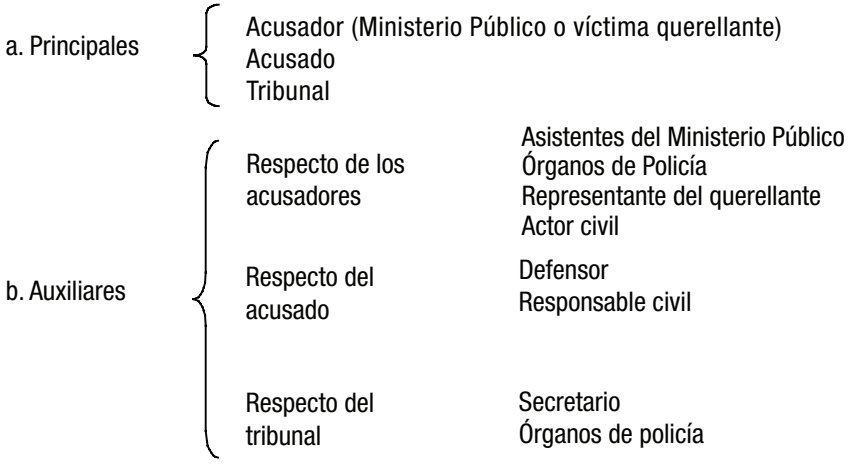
2 CLARIÁ OLMEDO, Jorge (98). Derecho Procesal Penal, Tomo I, actualizado por Jorge Vázquez Rossi, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires. p. 265.

3 ARMENTA DEU, Teresa (2007). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, tercera edición, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires. p 81.

Dentro de esas garantías propias del actuar de buena fe que debe caracterizar la intervención de los sujetos procesales, destaca la prohibición de solicitar la privación preventiva de libertad del imputado cuando ello no sea absolutamente necesario para asegurar las finalidades del proceso, y la finalidad del proceso (según el art. 13) es el establecimiento de la verdad. Indudablemente que esta prohibición en cuanto a la búsqueda de la verdad está referida específicamente a uno de los sujetos procesales: el Ministerio Público, pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 236 es éste el único que puede solicitar la detención judicial preventiva de libertad y conforme al artículo 263 *ejusdem*, está obligado a investigar no sólo aquellos datos que puedan incriminar al imputado sino también todos los que puedan favorecerle.

1. Clasificación

En el proceso penal pueden ubicarse dos categorías de sujetos: a) las partes, esto es, el acusador y el acusado, y b) el órgano llamado a resolver ese conflicto entre las partes; de allí que tradicionalmente se haya clasificado a los sujetos procesales de la siguiente manera:



Sin los sujetos principales el proceso penal no puede nacer y desarrollarse, en tanto que los auxiliares colaboran con los principales en el ejercicio de su función.

En el caso del COPP y respecto de los delitos de acción pública[4], esa clasificación tradicional presenta algunas variantes:

4 En los delitos enjuiciables a instancia privada la víctima, lógicamente, es un sujeto procesal principal.

a) Dado que se atribuye al Ministerio Público la dirección de la fase preparatoria del proceso, se incluye como órgano auxiliar de ese sujeto principal a los órganos de policía (de investigaciones penales).

b) Por cuanto la acción civil derivada de delito debe intentarse ante el tribunal penal, una vez concluido el juicio penal y firme la sentencia –salvo que la víctima decida ejercerla ante la jurisdicción civil– no aparece el actor civil dentro del catálogo de sujetos procesales. La misma regla rige para el responsable civilmente. De allí que sólo se considerarían sujetos auxiliares:

- La víctima y su representante
- El defensor
- Los órganos de policía de investigaciones penales
- Los asistentes de las partes

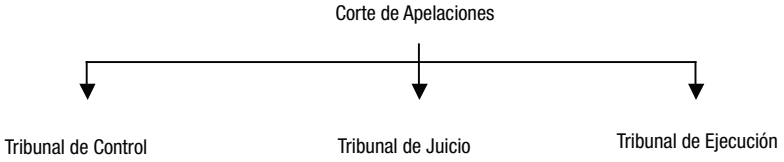
En los procesos por delitos de acción pública la acusación puede ser sencilla o compuesta, según ejerza la acción el Ministerio Público o la víctima asuma la condición de parte planteando una acusación particular o propia o adhiriéndose a la acusación fiscal. En los delitos de acción dependiente de instancia de parte es la víctima el sujeto procesal legitimado para solicitar el inicio del proceso a través de la proposición de una acusación privada.

2. Tribunal

Los jueces se erigen como garantes de que las partes actuarán de buena fe y en tal virtud deben velar por la regularidad del proceso y el ejercicio correcto de las facultades procesales, por ello regula al tribunal en primer lugar, como sujeto procesal.

De acuerdo a las funciones que se atribuyen a los distintos jueces llamados a intervenir en el proceso penal, el COPP dispone que los tribunales se organizan en cada Circuito Judicial, en dos instancias: una primera instancia, integrada por tribunales unipersonales; y otra de apelaciones, integrada por tribunales colegiados. Por supuesto que como alzada de esos tribunales de apelaciones se ubica la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en caso de que contra las decisiones de estos tribunales se interponga recurso de casación.

La intervención de los distintos jueces está directamente relacionada con la distinción en fases que podemos hacer del procedimiento ordinario que establece el código adjetivo. En efecto, en las fases preparatoria e intermedia interviene el juez de control; en la fase de juicio, el tribunal de juicio; en la fase de recursos, la Corte de Apelaciones o, eventualmente la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, si contra la decisión dictada procediera recurso de casación; y, en la fase de ejecución el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.



Respecto de esta organización judicial, consecuencia de la adopción del vigente modelo procesal, es importante destacar, específicamente en relación con el tribunal en funciones de control, que si la pena correspondiente al delito objeto del proceso no excede de ocho años de privación de libertad, intervendrá un tribunal municipal, en tanto que si la pena supera ese límite conocerá un tribunal estadal. Por ser los tribunales en funciones de control, juicio y ejecución de la misma instancia, está prevista su rotación anual de forma tal que los jueces de primera instancia conozcan todas las fases del procedimiento ordinario.

3. Ministerio Público

Como advierte LEDEZMA[5] al analizar la estructura del sistema procesal penal vigente, la razón por la que el Ministerio Público no ha cumplido un papel protagónico parece encontrarse en la incongruencia normativa que existe en la asignación de funciones a los sujetos procesales en las distintas fases del procedimiento.

En la legislación derogada la etapa de investigación (en el CEC, *sumario*) contemplaba dos momentos: uno, a cargo de la policía, y otro, a cargo del juez que, al mismo tiempo que instruía, le correspondía decidir. Las diligencias de policía constituían toda una etapa de instrucción en la que se practicaban pruebas, sin control judicial y escasa o nula intervención del Ministerio Público.

Dado que la función de investigación con base en el sistema inquisitivo del CEC se había trasladado a la policía, la intervención del Ministerio Público se había limitado al estudio de las actas contenidas en el expediente que la policía sustanciaba. Concluida la investigación policial se remitían las actuaciones al juez, quien, no obstante ser el director de la investigación, se limitaba a repetir esas actuaciones policiales. Esta situación había conllevado a que, como señala BINDER[6], lo que debería constituir una actividad creativa se convirtiera en una actividad rutinaria, en una simple acumulación de hojas de actas, reunidas de manera más o menos mecánica. Este fenómeno de burocratización de la investigación, el cual da lugar a mucha impunidad, es una

5 LEDEZMA, Rosaly (97). "El Ministerio Público: perspectivas y disyuntivas en la reforma de la justicia penal en Bolivia". En *Pena y Estado, Revista Latinoamericana de Política Criminal.* p. 126.

6 C.p. LEDEZMA. ob. cit. p. 127.

consecuencia del procedimiento escrito y de la adopción del sistema inquisitivo en esa fase.

Ante el establecimiento de un sistema procesal penal de corte predominantemente acusatorio, surge la necesidad de dar una regulación distinta al papel del Ministerio Público en el proceso.

En Venezuela, al igual que en el proceso de reforma penal latinoamericano, se estimó necesario que el Ministerio Público adoptara la posición que había tenido el juez, la de inquisidor: una persona que persigue penalmente. Con ello se quiso apartar a los jueces del ejercicio de la función investigativa y limitarlos a la que les corresponde: juzgar, función que deben ejercer con base al resultado del debate oral y público.

Dado que el Ministerio Público carecía de experiencia investigativa y preparación técnica para llevarla a cabo, éste se convierte en un intermediario entre los órganos policiales y el juez ("cabeza sin manos"), de allí que el COPP dispuso la dependencia funcional de los órganos de policía respecto del Ministerio Público, dependencia que ha mermado notablemente con ocasión de la aprobación de diversos instrumentos legales relativos a la función judicial y de la reforma al COPP de junio de 2012.

Resulta fundamental destacar que el carácter de acusador no modifica la consideración de parte de buena fe del Ministerio Público. Aun cuando la noción de "parte" denota interés en el resultado del proceso, ello no compromete la imparcialidad del Ministerio Público, pues éste como "parte de buena fe" que tiene por misión la búsqueda de la verdad, debe dirigir su acción a lograr la absolución del inocente y la condena del culpable. El COPP ratifica este carácter al establecer que en el curso de la investigación, el Ministerio Público hará constar no sólo los hechos y circunstancias útiles para fundar la inculpación del imputado o imputada sino también aquellos que sirvan para exculparle y, en este último caso, estará obligado a facilitar al imputado o imputada los datos que lo o la favorezcan (art. 263).

3.1 Organización

Conforme a las previsiones de la LOMP, este sujeto procesal se organiza en el área penal de la siguiente manera:

a. Fiscal General de la República como máximo representante del Ministerio Público.

b. Fiscal Superiores que representan al Ministerio Público en cada una de las circunscripciones judiciales y a quienes corresponde, entre otras atribuciones, dirigir la Oficina de Atención a la Víctima; coordinar y supervisar la actuación de los Fiscales del Ministerio Público en la respectiva circunscripción judicial; tomar las decisiones que en relación a los procesos, le son atribuidas por el COPP; elevar consultas al Fiscal General de la República cuando lo juzguen necesario para el mejor desempeño de sus funciones.

c. Fiscales designados ante la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

d. Fiscales del Proceso.

e. Fiscales de Ejecución de la Sentencia.

f. Fiscales de los Derechos y Garantías Constitucionales.

3.2 Atribuciones

El Ministerio Público, en su condición de director de la investigación y, por tanto de la actuación de los órganos de policía de investigaciones penales tiene en el proceso penal, conforme a lo dispuesto en el artículo 111 del COPP, las siguientes atribuciones:

> 1. Dirigir la investigación de los hechos punibles para establecer la identidad de sus autores o autoras y partícipes.
>
> 2. Ordenar y supervisar las actuaciones de los órganos de policía de investigaciones en lo que se refiere a la adquisición y conservación de los elementos de convicción.
>
> 3. Requerir de organismos públicos o privados, altamente calificados, la práctica de peritajes o experticias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación, sin perjuicio de la actividad que desempeñen los órganos de policía de investigaciones penales.
>
> 4. Formular la acusación y ampliarla, cuando haya lugar, y solicitar la aplicación de la penalidad correspondiente.
>
> 5. Ordenar el archivo de los recaudos, mediante resolución fundada, cuando no existan elementos suficientes para proseguir la investigación.
>
> 6. Solicitar autorización al Juez o Jueza de Control, para prescindir del ejercicio de la acción penal.
>
> 7. Solicitar cuando corresponda el sobreseimiento de la causa o la absolución del imputado o imputada.
>
> 8. Imputar al autor o autora, o partícipe del hecho punible.
>
> 9. Proponer la recusación contra los funcionarios o funcionarias judiciales.
>
> 10. Ejercer la acción civil derivada del delito, cuando así lo dispongan este Código y demás leyes de la República.
>
> 11. Requerir del tribunal competente las medidas cautelares y de coerción personal que resulten pertinentes.
>
> 12. Ordenar el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados directamente con la perpetración del delito.
>
> 13. Actuar en todos aquellos actos del proceso que, según la ley, requieran su presencia.
>
> 14. Ejercer los recursos contra las decisiones que recaigan en las causas en que intervenga.

15. Velar por los intereses de la víctima en el proceso y ejercer su representación cuando se le delegue o en caso de inasistencia de esta al juicio.

16. Opinar en los procesos de extradición.

17. Solicitar y ejecutar exhortos, cartas rogatorias y solicitudes de asistencia mutua en materia penal, en coordinación con el Ministerio con competencia en materia de relaciones exteriores.

18. Solicitar al tribunal competente declare la ausencia del evadido o prófugo sobre el que recaiga orden de aprehensión y que proceda a dictar medidas definitivas de disposición sobre los bienes relacionados con el hecho punible, propiedad del mismo o de sus interpuestas personas.

19. Las demás que le atribuyan este Código y otras leyes.

Con ocasión del recurso de interpretación interpuesto por el Defensor del Pueblo en fecha 13 de junio de 2017 en relación con los artículos 49, 280, 281 y 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y los artículos 2, 4, 15, 66 y 67 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo; artículos 1, 10, 11, 12, 13 y 124 del COPP, en el cual, alegando una supuesta controversia con órganos del sistema de justicia penal que habrían "limitado el ejercicio de las acciones defensoriales" de esa institución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estableció en el fallo vinculante N° 469 del 27 de junio de 2017, que la Defensoría del Pueblo, "… ostenta amplia competencia constitucional para la promoción, defensa y vigilancia de los derechos humanos (artículo 280) y en el ejercicio legítimo del mismo, está facultado para iniciar una investigación, así como para tener acceso a las actuaciones judiciales y administrativas relacionadas con la misma, cuando se trate de la violación a los derechos humanos y de ésta derive la comisión de un hecho punible, sin que ello menoscabe el marco de actuación del Ministerio Público"; que "…conforme a la competencia constitucional antes señalada, puede tener acceso a todos los actos de investigación que cursen ante el Ministerio Público, ante los tribunales en jurisdicción penal ordinaria y penal militar, los órganos auxiliares de justicia y los centros policiales y penitenciarios y, de manera autónoma, en aquellos casos de violación de derechos humanos, aunque no le sea delegado por parte de la persona ofendida, a tenor de lo establecido en el artículo 124 del Código Orgánico Procesal Penal, incluyendo los casos de asistencia especial a que se refiere dicho artículo"; que "…en el ejercicio de la competencia constitucional que ostenta en materia de investigación, puede promover pruebas, solicitar a los órganos auxiliares de justicia que se realicen diligencias de investigación, tales como: realización de experticias, levantamientos planimétricos, reconstrucción de hechos, autopsias, entre otras, así como estar presentes en todas las audiencias y cualquier acto de investigación del proceso penal ordinario y penal militar, incluidas las pruebas anticipadas, audiencias preliminares y de juicio" y que "no existen obstáculos jurídicos para que la Defensoría del Pueblo pueda asumir la representación procesal de los intereses legítimos de la víctima, en el caso especialísimo de hechos punibles que pudieran implicar violación de derechos humanos, en los términos del artículo 123 del Código Orgánico Procesal Penal".

Lo anterior supone que en la Defensoría del Pueblo se hacen concurrir no sólo funciones propias de una parte sino también de un órgano de persecución penal, extendiéndose su intervención no sólo a las investigaciones relacionadas con posibles violaciones de derechos humanos sino también de delitos comunes, asumiendo incluso funciones propias del Ministerio Público, como es el caso del inicio de investigaciones de hechos punibles.

4. Órganos de policía de investigaciones penales

Si el Ministerio Público es una cabeza sin manos, indudablemente requiere del auxilio de órganos de policía que colaboren con él en su función investigativa. A tal efecto, el COPP prevé una dependencia de orden funcional de los órganos de policía (denominados de investigaciones penales) respecto del Ministerio Público (art. 114), en consecuencia tales órganos policiales deberán comunicarle las diligencias practicadas en el plazo que se les hubiere fijado.

Es necesario determinar a qué órganos de policía se refiere el legislador. El COPP, al definir a tal sujeto procesal, declara que "son órganos de policía de investigaciones penales los funcionarios o funcionarias a los cuales la ley acuerde tal carácter y, todo otro funcionario o funcionaria que deba cumplir las funciones de investigación que este Código establece" (art. 113). Esta referencia denota que se refiere el legislador a cualquier órgano de policía al cual la ley atribuya facultades investigativas. A tales efectos, el art. 9 de la Ley de Policía de Investigaciones Penales (que sustituyó a la Ley de Policía Judicial) declaraba órganos de policía de investigaciones penales a:

> 1º El Cuerpo Técnico de Policía Judicial:
> 2º Los órganos competentes de las Fuerzas Armadas de Cooperación, en materia de su competencia;
> 3º Las Autoridades que las Leyes del Tránsito señalen en materia de su competencia;
> 4º La Dirección de Identificación Nacional y Extranjería, conforme a las leyes que regulan su competencia.
> 5º Los Directores y Subdirectores de internados Judiciales, Cárceles Nacionales, Establecimientos Penitenciarios y Correccionales, en relación a los delitos que se cometan en el interior de los mismos;
> 6º Los Jefes y Oficiales de Resguardo Fiscales, en relación a los delitos que se cometan en sus respectivas jurisdicciones;
> 7º Los Guardias Forestales en relación a los delitos que se cometan en las zonas que están bajo su guardia;
> 8º Los miembros de los Cuerpos de carácter público dedicados a salvamento y extinción de incendios, en relación a la averiguación de las causas del siniestro;
> 9º Los Capitanes o Comandantes de naves, de pabellón o matrícula venezolanos, respecto a hechos punibles cometidos en alta mar o en aguas territoriales venezolanos;
> 10º Los Capitanes o Comandantes de aeronaves de matrícula venezolana, respecto a hechos punibles cometidos en éstas cuando se encuentren en vuelo;

> 11º Los funcionarios o empleados públicos que, en ejercicio de las funciones de investigación, examen o control que les asignan las leyes, verifiquen o descubran la comisión de hechos punibles. Las actuaciones de dichos funcionarios o empleados se limitarán a las que sean inherentes al servicio que presten;
> 12º Los Miembros de la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención del Estado, en materia de su competencia;
> 13º Las autoridades de Policía Estadal y Municipal, cuando sean requeridas por el fiscal del Ministerio Público.

Sin embargo, el vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía de Investigación, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Servicio Nacional de Medicina y Ciencias Forenses que creó el Sistema Integrado de Policía de Investigación colocándolo bajo la rectoría del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de seguridad ciudadana, del cual forman parte el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, los órganos y entes especiales de investigación penal y los órganos y entes de apoyo a la investigación penal, entre otros, contempla al primero como órgano principal en materia de investigación penal[7].

La formulación original de la relación de dependencia de los organismos de policía respecto del Ministerio Público suponía que este sujeto procesal no estuviere supeditado al auxilio por parte de un sólo órgano de policía, sino que pudiere hacer uso de "cualquier órgano" que por ley, tenga atribuidas facultades de investigación, siempre que éste pueda prestarle mejor o mayor colaboración en el desarrollo de su investigación. Por tanto, si se tratare, por ejemplo, de un delito en materia de contrabando, o en materia ambiental, pareciera que es mayor la colaboración que pueda prestar al Ministerio Público la Guardia Nacional antes que el hoy Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas o cualquier otro órgano de policía judicial.

Lo que está planteado es que el Ministerio Público no esté atado a la utilización de un único y exclusivo órgano, sino que, en función del delito de que se trate, en función de la preparación o especialidad del órgano de policía respectivo, pueda requerir su intervención. Inclusive, advertimos que el Código no se refiere a órganos policiales específicamente, también puede tratarse de órganos no policiales a quienes la ley asigna facultades de investigación, es el caso de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDEE), órgano que de conformidad con el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos[8] tiene entre sus facultades "actuar como órgano auxiliar en las investigaciones penales que adelante el Ministerio Público, sobre los hechos tipificados en la presente Ley, conforme al ordenamiento jurídico vigente" y, pareciera lógico que en la investigación de este tipo de delitos, el Ministerio Público requiera la colaboración de este organismo, en lugar de la de un cuerpo policial propiamente dicho.

7 Art. 48.
8 Num. 9 del art. 13.

No obstante lo anterior, la regulación que actualmente contempla el Decreto Ley que norma la materia, presenta al CICPC como órgano principal en materia de investigaciones penales al cual corresponde practicar las diligencias que le ordene el Ministerio Público, encaminadas a investigar y hacer constar la perpetración de un hecho punible, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la responsabilidad de los autores y demás partícipes, identificación de las víctimas, de las personas que tengan conocimiento de los hechos, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con el delito[9]. Por lo tanto, los demás órganos de policía sólo pueden realizar actividades de investigación penal en los casos taxativamente señalados en la ley o cumplir funciones auxiliares que le fueran encomendadas por el Ministerio Público.

4.1 Principios de actuación:

Los órganos de policía de investigaciones penales que fueren requeridos por el Ministerio Público deberán actuar son sujeción a las reglas siguientes:

1. Hacer uso de la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la proporción que lo requiera la ejecución de la detención;
2. No utilizar armas, excepto cuando haya resistencia que ponga en peligro la vida o la integridad física de personas, dentro de las limitaciones a que se refiere el numeral anterior;
3. No infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes;
4. No presentar a los detenidos o detenidas a ningún medio de comunicación social, cuando ello pueda afectar el desarrollo de la investigación;
5. Identificarse, en el momento de la captura, como agente de la autoridad y cerciorarse de la identidad de la persona o personas contra quienes procedan, no estando facultados para capturar a persona distinta de aquella a que se refiera la correspondiente orden de detención. La identificación de la persona a detener no se exigirá en los casos de flagrancia;
6. Informar al detenido o detenida acerca de sus derechos;
7. Comunicar a los parientes u otras personas relacionadas con el imputado o imputada, el establecimiento en donde se encuentra detenido o detenida;
8. Asentar el lugar, día y hora de la detención en un acta inalterable (art. 119 COPP)

Por otra parte, el COPP les prohíbe, bajo amenaza de sanción, dar informaciones a terceros acerca de las diligencias que practiquen, de sus resultados y de las órdenes que deben cumplir.

Dada la variedad de órganos de policía, también será múltiple el número de autoridades administrativas de las cuales dependen. Esto plantea la necesidad de abordar la extensión de esa relación de dependencia funcional y, en consecuencia, subordinación de los órganos de policía respecto del Ministerio Público. Al respecto debe precisarse que tal relación es independiente de las atribuciones de la autoridad administrativa a que esos órganos están sometidos.

9 Num. 1 art. 50 Decreto.

En líneas generales lo que se ha procurado con la regulación que el COPP hace de los órganos de policía, es que el Ministerio Público no esté atado a la colaboración de un solo cuerpo policial, sino que, en función del delito de que se trate y la especialidad de esos cuerpos, pueda requerir colaboración del órgano policial respectivo o del funcionario a quien la ley otorgue facultades investigativas.

5. Imputado

El COPP delimita la diferencia entre imputado y acusado, diferencia que determina la admisión de la acusación, no obstante se prevé que la denominación "imputado" o "imputada" puede utilizarse indistintamente en cualquier fase del proceso.

En tal sentido dispone el art. 126, que se denomina imputado o imputada a toda persona a quien se le señale como autor, autora o partícipe de un hecho punible por un acto de procedimiento (acto de persecución penal en otras legislaciones, lo que comprende no sólo los actos procesales, sino también los preprocesales) de las autoridades encargadas de la persecución penal (Ministerio Público y órganos de policía de investigaciones penales).

Ese acto de procedimiento puede suponer un señalamiento expreso por parte de un órgano oficial (como por ejemplo, el requerimiento fiscal) u otro acto que implique sospecha oficial (citación), actos de particulares (denuncia o la aprehensión en los casos de delitos *in fraganti*) o una medida de coerción (detención).

Para la atribución de la cualidad de imputado no basta cualquier señalamiento formulado por cualquier persona[10]. Así, la sola presentación de la denuncia o de la querella no atribuyen tal condición[11], pues en ambos casos se requiere la admisión de cualquiera de esos modos de proceder; por tanto, no será sino hasta la admisión de la denuncia o querella y subsiguiente realización de cualquier acto que haga aparecer al denunciado o querellado por lo menos como "sospechoso" de la comisión del hecho punible que se le atribuye, que adquirirá tal cualidad, vale decir, su citación para declarar asistido de defensor, la práctica de actos de investigación que implique una lesión a cualquiera de sus derechos (vgr. Allanamiento de su domicilio, interceptación de sus comunicaciones, etc).

Visto el rol de árbitro que el COPP le atribuye al Juez, éste no puede constituir órgano de persecución penal, en consecuencia, tal condición sólo la tienen el Ministerio Público –en razón de su condición de director de la investigación– y los órganos de

10 Vid. VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly (2004): La Defensa Penal, en Temas de Derecho Procesal, XIX Jornadas Iberoamericanas, V Congreso Venezolano de Derecho Procesal, Homenaje a José Rodríguez Urraca y José Gabriel Sarmiento Núñez, INVEDEPRO, Caracas, Venezuela. p. 539 ss.

11 Tales consideraciones son válidas en el marco del procedimiento penal ordinario. En el caso de los procedimientos especiales, en razón de las particularidades de cada trámite la adquisición de la cualidad de imputado podría verificarse en una etapa más incipiente. Así, por ejemplo, en el procedimiento por delitos de acción dependiente de instancia de parte, la admisión de la acusación privada por parte del juez de juicio otorgaría la cualidad de imputado.

policía –dado su carácter de auxiliares del Ministerio Público–. Luego, por regla general, está descartado que el primer acto de procedimiento y, en consecuencia, la adquisición de la condición de imputado, puedan provenir de una actuación judicial[12].

Ciertamente el COPP no define de manera precisa qué debe entenderse por "primer acto de procedimiento", no obstante que en otra disposición hace mención a dicho acto (vid., encabezamiento del artículo 139), distinto sucede en instrumentos como los Códigos de Procedimiento Penal de Guatemala y Costa Rica y, en el caso de Venezuela, en la LOPNNA, de allí que dada la Influencia que los dos primeros tuvieron en el COPP venezolano y la circunstancia de que la tercera forma parte de nuestro derecho interno, sus previsiones pueden resultar por lo menos orientadoras.

En efecto, dispone el artículo 71 del Código Procesal Penal de Guatemala que se considera primer acto de procedimiento "cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o de participar en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal".

Por su parte, el artículo 13 del Código de Costa Rica declara primer acto de procedimiento "cualquier actuación judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o partícipe en él".

En el mismo sentido la LOPNNA[13], estima como primer acto de procedimiento "cualquier indicación policial, administrativa, del Ministerio Público o judicial que señale a un adolescente como posible autor o partícipe de un hecho punible".

Como puede advertirse claramente de las referencias anteriores, lo que determina la adquisición de la cualidad de imputado es la realización de un *acto de procedimiento,* acto éste que no necesariamente debe coincidir con el inicio del proceso, pues el Ministerio Público, ante la noticia de la presunta comisión de un delito, puede adelantar una investigación dirigida a determinar quienes han sido sus autores o partícipes, en cuyo caso, si bien el proceso penal se inició, en los términos del COPP, mientras no se haya efectuado un señalamiento formal o informal respecto de ninguna persona –pues es independiente de su grado de seriedad la imputación que se haga– no podrá estimarse que se ha realizado el primer acto de procedimiento y, por ende, no habría un imputado.

Ahora bien, tal como lo afirma BINDER no es posible confundir al "imputado" con el "autor del delito" pues, el ser imputado "es una situación procesal de una persona, situación que le otorga una serie de facultades y derechos, y que en modo alguno puede ser automáticamente equivalente a ser el autor de un cierto delito. Puesto que una persona absolutamente inocente puede ser imputada, no se puede 'hacer' de todo imputado un culpable, porque para decidir eso existen el proceso y el juicio".

12 Estimamos que el único caso en que la adquisición de la condición de imputado puede provenir de una actuación judicial es en el supuesto de delito en audiencia, visto que la ley faculta al juez para de oficio ordenar la detención y requerir al Ministerio Público la realización de la investigación pertinente.

13 Art. 654.

Interpretando la afirmación de BINDER entendemos que la adquisición de la cualidad de imputado en modo alguna desvirtúa la presunción o estado de inocencia que le es inherente, pero, sin lugar a dudas, le habilita para el ejercicio de cualquiera de los derechos que, en nuestro caso, contempla el artículo 127 del COPP.

Por otra parte, como ya se ha asentado, la adquisición de tal cualidad no exige la realización de un acto en particular, pues esa condición se puede adquirir si una persona es objeto de cualesquiera de los múltiples actos de persecución penal establecidos en el COPP, como puede ser, el allanamiento de su residencia, la interceptación de sus comunicaciones, la ocupación de su correspondencia o la citación a declarar (sin juramento) provisto de defensor, o en un caso especial, su aprehensión flagrante en la comisión de un delito. Incluso consideramos, siguiendo a FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ[14], que el presunto imputado puede enterarse de la existencia del procedimiento penal aun antes de que se le comunique formalmente tal hecho y es obvio que tiene el derecho a defenderse, hasta preventivamente. En este punto resulta importante referir una decisión de fecha 19 de julio de 1989 del TCE en la que entre otras cosas, se asentó:

> El órgano instructor no debe retrasar el otorgamiento de tal condición a alguno de quien fundadamente sospeche, ni podrá prevalerse de un consciente retraso para interrogarle en calidad de testigo, quien a diferencia del imputado está obligado a comparecer y a decir verdad, en tanto que al imputado le asiste su derecho a no declarar contra sí mismo. El instructor deberá evitar que alguien a su entender sospechoso declare en situación desventajosa...[15].

Como se puede apreciar, la tendencia es a no exigir la realización de actos formales que determinen la adquisición de la condición de imputado. Por el contrario, si nos ubicamos en la vigente regulación procesal penal venezolana, podemos advertir que esta plantea una investigación notablemente desformalizada, lo que puede conllevar a que la imputación que se haga respecto de una persona (y constituya en consecuencia el primer acto de procedimiento en su contra) sea también una actuación desprovista de formalidades, pues como afirma DANIEL GONZÁLEZ ALVAREZ –refiriéndose a la legislación costarricense pero perfectamente aplicable a la nuestra– el cambio de un Código a otro no ha consistido en trasladar hoy al fiscal lo que ayer hacía el juez instructor, no se trata de un traslado de funciones de un sujeto a otro, que para el sistema habría significado lo mismo. El cambio consiste en una verdadera desformalización de las indagaciones previas a la acusación del fiscal, no sólo por la forma en que ésta se lleva a cabo, sino también por sus consecuencias, al restársele eficacia probatoria a la mayoría de los actos realizados durante su desarrollo.

14 RAMOS MÉNDEZ, Francisco (99). *El Proceso Penal* (Quinta Lectura Constitucional). J. M. Bosch Editor, Barcelona, España, p. 43.

15 c.p. RAMOS MÉNDEZ. Ídem.

En el mismo sentido se manifiesta CAFFERATA[16] cuando señala que para adquirir la calidad de imputado basta una *indicación* que puede provenir de un señalamiento expreso (vgr., requerimiento fiscal) o de un acto objetivo que implique sospecha oficial (vgr., citación a indagatoria –refiriéndose a la legislación argentina–) o que genere medidas de coerción (vgr., orden de detención) y que atribuya a una persona alguna forma de participación (autoría, coautoría, complicidad necesaria o secundaria) en un delito.

Se trata, en definitiva, y tal como lo ha reconocido la jurisprudencia española (Vid. Sentencia del TCE 135/89), de reconocer la categoría de imputado "a toda persona a quien se atribuya más o menos fundadamente un acto punible, permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido".

Debe destacarse, sin embargo, que en algunos casos, producto de la confusión entre los conceptos de "parte" y "sujeto procesal", puedan resultar mermados los derechos del imputado dada de la importancia atribuida a la primera de estas nociones, lo que podría llevar a que se negare la posibilidad de defensa del imputado mientras se estime que éste no ha adquirido la condición de "parte" en ese proceso.

AI anterior planteamiento se opone la circunstancia de que el imputado es uno de los "sujetos" esenciales del proceso penal y no su "objeto", de allí la ilegitimidad de un proceso penal en el que se hubiere mermado su derecho a la defensa. Por tanto, a los efectos del ejercicio del derecho a la defensa es suficiente la adquisición de la cualidad de imputado, "sin importar su grado de seriedad" de ello deviene la obligación de informarle sobre los derechos que le asisten, aun cuando efectivamente no los ejercite.

Con la admisión de la acusación, el imputado o imputada adquiere la calidad de acusado o acusada.

5.1. Tratamiento Jurisprudencial

Resume el fallo Nº 390 del 19 de agosto de 2010 de la Sala de Casación Penal el tratamiento que precedentemente había dado la jurisprudencia a la exigencia de imputación como un mecanismo para garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la defensa. En la referida sentencia recuerda la Sala Penal el criterio sentado por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal en el fallo Nº 893 del 6 de julio de 2009 en cuanto a la imputación formal, oportunidad en la que se pronunció en los siguientes términos:

> *"… La imputación fiscal ineludiblemente debe llevarse a cabo en el curso de la investigación, cumpliendo dicha imputación, con los requisitos establecidos en el artículo 131 del Código Orgánico Procesal Penal...la Sala ha señalado que no necesariamente la misma debe llevarse a cabo antes de dictar una orden de aprehensión o la medida*

16 CAFFERATA NORES, José I (94). *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Marcos Lerner Edit. Córdoba. p. 121.

de privación judicial preventiva de libertad. La obligación de imputar al investigado, dentro del proceso penal ordinario...puede realizarse durante la etapa de investigación, y antes de concluirse dicha etapa, bien sea a través de la presentación de la acusación, del decreto de archivo de las actuaciones o de solicitud de sobreseimiento…".

Y así mismo cita el criterio vinculante emanado de la misma Sala Constitucional y plasmado en la sentencia N° 276 del 20 de marzo de 2009, oportunidad en la que estableció:

" … En el caso de autos, esta Sala Constitucional considera que en el proceso penal que originó la presente solicitud de revisión, el acto de imputación fue satisfecho en la audiencia de presentación celebrada el 9 de enero de 2005, aun y cuando ello no haya ocurrido en la sede del Ministerio Público. En efecto, en dicha audiencia el Fiscal del Ministerio Público comunicó expresa y detalladamente a los encartados los hechos que motorizaron la persecución penal, y otorgó a tales hechos la correspondiente precalificación jurídica (agavillamiento, concusión y resistencia a la autoridad), todo ello en presencia del Juez Cuarto de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Lara.

Siendo así, la audiencia de presentación celebrada el 9 de enero de 2005, sin lugar a dudas constituyó un acto de procedimiento en el que el órgano llamado a oficializar la acción penal, a saber, el Ministerio Público, informó a los hoy solicitantes los hechos objeto del proceso penal instaurado en su contra, lo cual, a todas luces, configura un acto de persecución penal que inequívocamente les atribuyó la condición de autores de los referidos hechos, generando los mismos efectos procesales de la denominada "imputación formal" realizable en la sede del Ministerio Público. Entre tales efectos, estuvo la posibilidad de ejercer -como efectivamente lo hicieron- los derechos y garantías contenidas en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en el artículo 125 del Código Orgánico Procesal Penal.

Por su parte, considera esta Sala que si la comunicación de los hechos objeto del proceso en la sede del Ministerio Público tiene la aptitud de configurar un acto de imputación, a fortiori la comunicación de tales hechos en la audiencia de presentación, con la presencia de los defensores de aquéllos y ante un Juez de Control, el cual, por mandato expreso del artículo 282 del Código Orgánico Procesal Penal, es el llamado a controlar el cumplimiento de los derechos y garantías en la fase de investigación, también será un acto de procedimiento susceptible de señalar a la persona como autora o partícipe de un hecho punible, y, por ende, una imputación que surte los mismos efectos procesales de la denominada "imputación formal", es decir, aquélla cuya práctica se produce en la sede del Ministerio Público.

(…)

En consecuencia, se estima que en el caso de autos, la imputación del ciudadano Juan Elías Hanna Hanna se materializó efectivamente en la audiencia de presentación celebrada el 9 de enero de 2005, siendo que a partir de ese momento se hicieron efectivas las funciones intrínsecas de dicho acto, concretamente, quedaron fijados el elemento subjetivo del proceso y el presupuesto de la acusación, y se abrió la puerta para que el ciudadano antes mencionado pudiera ejercer cabalmente su derecho a la defensa.

(…)

Visto ello, esta Sala considera, y así se establece con carácter vinculante, que la atribución -al aprehendido- de uno o varios hechos punibles por el Ministerio Público en la audiencia de presentación prevista en el artículo 373 del Código Orgánico Procesal Penal, constituye un acto de imputación que surte, de forma plena, todos los efectos constitucionales y legales correspondientes, todo ello con base en una sana interpretación del artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se establece….". (*Sic*). (Resaltado de la sentencia). (Subrayado de la Sala Penal).

En el referido fallo 390 del 19 de agosto de 2010 continua señalando la Sala de Casación Penal:

"Así pues, la Sala de Casación Penal afirmó recientemente, al tratar el asunto concerniente a la ausencia de imputación previa, a través de su decisión N° 611 del 3 de diciembre de 2009, que: *"...Tal omisión vulneró los derechos fundamentales de los encausados, por cuanto el referido acto fiscal, cumple una función motivadora, indiciaria y garantizadora del derecho a la defensa y del debido proceso, permitiéndole al ciudadano objeto de ese acto, que una vez informado e imputado de los hechos por los cuales se le acusa formalmente (con sus respectivos elementos de convicción), pueda ejercer su derecho a ser oído, todo con el objeto de garantizarle la defensa de sus derechos e intereses legítimos...".*

Hechos estos señalamientos jurisprudenciales, y realizada la revisión de las actas procesales de la presente causa, se constató que el ciudadano (…), si bien adquirió la condición de imputado en la audiencia de presentación, de conformidad a lo establecido en el artículo 124 del Código Orgánico Procesal Penal, no existió ni en esta oportunidad procesal, ni en ninguna otra oportunidad posterior a dicho acto procesal, y previo el acto conclusivo fiscal, la imputación fiscal con todos los parámetros propios que debe contener la misma, como son: informarle los hechos que se le imputan, su participación en los mismos, la calificación jurídica, los elementos de convicción sobre los cuales se fundamenta la actuación fiscal, así como las advertencias del acceso a las actas de investigación y la posibilidad de solicitar se practiquen las diligencias de investigación que considere pertinentes para desvirtuar la imputación fiscal.

(…)

Como se expuso anteriormente, ha sido el criterio jurisprudencial de esta Sala, que el imputado deba ser notificado dentro del acto de imputación fiscal, de los elementos de convicción sobre los cuales se soporta la decisión fiscal de considerarlo participe del hecho disvalioso, sin que pueda considerarse cumplido este requisito de validez del acto fiscal, con el simple señalamiento que se haga, indicando que los mismos se encuentran cursantes en las actas de la investigación.

(…)

Tal situación hizo subjetiva e imprecisa la actuación fiscal, trasgrediendo los principios de la tutela judicial efectiva, el debido proceso, y el derecho a la defensa, con-

> tenidos en los artículos 26, 49 y 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que le asisten a estos ciudadanos.
>
> (…)
>
> Vistas las anteriores consideraciones, la Sala a los fines de evitar que situaciones como las expuestas se presenten, le reitera al Ministerio Público su obligación de ser claro en la determinación de la calificación jurídica que le otorgue a los hechos investigados, así como al grado de participación de los investigados en los mismos, recordándole la obligación legal de presentar el respectivo acto conclusivo una vez que ha sido imputado un delito; realizar una nueva imputación formal cuando cambie la calificación jurídica e incluso el grado de participación del presunto responsable en el mismo; todo esto a los fines de garantizar a los imputados el derecho que le asiste de tener una tutela judicial efectiva, un debido proceso y permitirle una adecuada defensa, conforme a lo establecido en los artículos 26, 49 y 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
>
> En Consecuencia, estos graves errores, cometidos por el Ministerio Público, afectaron la regularidad del proceso, alientan la impunidad y limitaron la intervención y defensa de los ciudadanos, por lo que en atención a lo dispuesto en el artículo 191 del Código Orgánico Procesal Penal, obligante es declarar la nulidad absoluta de la acusación formulada en contra de los ciudadanos (…), de acuerdo al contenido del artículo 195 eiusdem, y en cumplimiento del mandato expresado en el artículo 196 ibidem, al tratarse de violaciones de orden constitucional que afectaron a los ciudadanos imputados antes nombrados, en cuyo caso se ordena retrotraer el proceso al estado de llevar a cabo por parte del Ministerio Público, en un lapso de treinta (30) días contados a partir de la notificación de esta decisión, un acto de imputación formal por parte del Ministerio Público …"

Al conocer de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra el artículo 305 del COPP, norma que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia suspendió cautelarmente con efecto erga omnes y ex nunc, esa Sala "adicionalmente", tal como lo declara de forma explícita en el fallo (N° 537 del 12/07/2017), limita las facultades del Ministerio Público y, desatendiendo el criterio vinculante previamente establecido por la misma Sala en la sentencia N° 276 del 29 de marzo de 2009, analiza el contenido del artículo 126 del Código Orgánico Procesal Penal, bajo el argumento de "resguardar la garantía de presunción de inocencia (artículo 49, numeral 2 Constitucional y artículo 8 Texto Adjetivo Penal) así como los derechos constitucionales concernientes al debido proceso (artículo 49), al juez natural (artículo 49.4), tutela judicial efectiva (artículo 26), acceso a la justicia (artículo 26), derecho a la defensa (artículo 49.1), al honor y la reputación (artículo 60), a la no discriminación e igualdad (artículo 21), estima procedente acordar **de oficio** en forma temporal una medida respecto del artículo precitado", hasta tanto se decida el fondo del asunto y a tales efectos establece provisionalmente que "toda persona investigada por la presunta comisión de algún hecho punible o aprehendido en flagrancia, obtendrá la condición de imputado(a) una vez haya sido informado por parte del Ministerio Público ante su defensor de confianza o público si no lo tuviere, **en la sede del órgano jurisdiccional**

penal competente, de los hechos de los cuales se le atribuye la participación o autoría, así como los elementos de convicción que sustentan dicha imputación, ello a los fines de que el Juez o la Jueza (en funciones de Control) garantice y supervise el cumplimento de la legalidad en el proceso, especialmente en lo referente a los derechos constitucionales del investigado, por lo que se considerará como "investigado" y no como "imputado", hasta que se cumplan los requisitos señalados *supra*" e igualmente declara que "dicho acto de imputación constituye un acto interruptivo de la prescripción de la acción penal, en atención a lo dispuesto en el artículo 110 del Código Penal".

5.2. Derechos

En el COPP (art. 127) se le reconocen al imputado como sujeto procesal que tiene la condición de parte, una serie de derechos que no son más que la enumeración de garantías establecidas a su favor, bien en la Constitución o en instrumentos de derechos humanos que han sido ratificados por Venezuela. En efecto, según JAUCHEN, los derechos son las prerrogativas y facultades otorgadas al individuo, adjudicándoles atribuciones derivadas de los principios del valor justicia, por tanto se derivan del reconocimiento y protección de su propia condición humana, en tanto que las garantías son instrumentaciones que tienen como fin la tutela y aseguramiento para que el individuo pueda gozar y ejercer efectivamente los derechos que se le confieren. Mientras que los derechos pueden ser ejercidos frente a los demás individuos y frente al Estado, las garantías sólo pueden ser invocadas frente al Estado.

En criterio del referido autor el imputado tiene derecho a: la libertad; a la seguridad personal; a la aplicación del principio de legalidad – del cual se desprende la prohibición de la analogía, del derecho consuetudinario, de leyes y penas indeterminadas y de la retroactividad legal - ; a un juicio previo; a disfrutar del estado de inocencia; a ser juzgado por su juez natural; al no juzgamiento por comisiones especiales; a que la orden de privación de libertad emane de la autoridad competente; al hábeas corpus; a la defensa en juicio; al silencio; a la independencia e imparcialidad del tribunal; a ser juzgado por un jurado popular; a ser oído; a no ser privado de la libertad por deudas; a ser llevado sin demora ante el juez en caso de detención; a ser informado de los cargos en su contra; a que sólo por excepción se le prive de la libertad; a no ser sometido a tormentos; a recibir un trato humanitario durante la privación de la libertad; a estar separado de los condenados, en caso de detención; a ser juzgado dentro de un plazo razonable; a un juicio público; a ser informado previa y detalladamente de la acusación; a no ser doblemente juzgado; a que se otorgue validez sólo a la confesión libre y voluntaria; a contar con un abogado defensor; a la aplicación de la ley más benigna; a recurrir del fallo ante un tribunal superior; a interrogar a los testigos y peritos; a disponer de tiempo y medios adecuados para preparar la defensa; a un traductor o intérprete y a la igualdad en el proceso.

Por su parte TERESA ARMENTA[17] al distinguir los derechos y garantías constitucionales en el proceso penal, propone el siguiente esquema:

1. El derecho a la defensa y sus garantías.

1.1 La prohibición de indefensión

1.2 Derecho a ser informado de la acusación formulada

1.3 Derecho a no declarar contra si mismo y a no declararse culpable

1.4 Derecho a la autodefensa

1.5 Derecho a la defensa y asistencia de letrado

1.6 Derecho al intérprete

1.7 Derecho a utilizar todos los medios pertinentes para la defensa

2. El Derecho a la presunción de inocencia

3. El Derecho a la revisión de la resolución condenatoria

4. Otros Derechos y principios derivados de la Constitución relacionados con el proceso penal

4.1 El principio de proporcionalidad y la limitación de derechos fundamentales.

4.2 La prohibición de tortura y tratos degradantes y las intervenciones corporales.

4.3 La libertad personal (prisión provisional, derechos del detenido y hábeas corpus)

4.4 Los Derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones

4.5 El Derecho al juez ordinario determinado por la ley.

No obstante lo anterior, el COPP califica como derechos del imputado los siguientes:

> 1. Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan;
> 2. Comunicarse con sus familiares, abogado o abogada de su confianza o asociación de asistencia jurídica, para informar sobre su detención;
> 3. Ser asistido o asistida, desde los actos iniciales de la investigación, por un defensor o defensora que designe él o sus parientes y, en su defecto, por un defensor público o defensora pública;
> 4. Ser asistido o asistida gratuitamente por un traductor o traductora o intérprete si no comprende o no habla el idioma castellano;
> 5. Pedir al Ministerio Público la práctica de diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formulen;
> 6. Presentarse directamente ante el juez o jueza con el fin de prestar declaración;
> 7. Solicitar que se active la investigación y a conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella haya sido declarada reservada y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongue;
> 8. Ser impuesto o impuesta del precepto constitucional que lo o la exime de declarar y, aun en caso de consentir a prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento;
> 9. No ser sometido o sometida a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de su dignidad personal;

17 Lecciones ... p. 50 y ss.

10. No ser objeto de técnicas o métodos que alteren su libre voluntad, incluso con su consentimiento;
11. Solicitar ante el tribunal de la causa el sobreseimiento, conforme a lo establecido en el COPP.
12. Ser oído u oída en el transcurso del proceso, cuando así lo solicite.

1. Derecho a ser informado sobre el hecho que se le atribuye

Difícilmente podría ejercerse el derecho de defensa si el imputado desconoce cuáles son los hechos que se le imputan. Este derecho tiene rango constitucional y aparece plasmado en el numeral 1 del artículo 49 de la Carta Magna cuando se dispone que "toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga". El COPP desarrolla las formalidades para su ejercicio en el artículo 133 al establecer que antes de comenzar la declaración se le impondrá al imputado del precepto constitucional que lo exime de declarar en causa propia y, aun en caso de consentir a prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento y se le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, incluyendo aquellas que son de importancia para la calificación jurídica, las disposiciones legales que resulten aplicables y los datos que la investigación arroja en su contra.

Es obvio que la información que se aporta al imputado debe suponer un lenguaje claro, desprovisto de tecnicismos que permita que el imputado pueda, si así lo desea, explicar con sus propias palabras su versión sobre los hechos objeto de la investigación, es decir, tiene el imputado, sobre la base de la información aportada, plena libertad para manifestar todo cuanto tuviere a bien a fin de reafirmar la presunción de inocencia que obra a su favor, explicar los hechos atribuidos o, sencillamente, guardar silencio.

Según señala PICO I JUNOY[18], es constante la doctrina del TCE en el sentido de que el juez, tras efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, cualquiera que sea la procedencia de esta, debe comunicárselo al imputado, con ilustración expresa del hecho punible cuya participación se le atribuye, para permitir su autodefensa y una efectiva y equilibrada contradicción, pues *debe siempre garantizarse el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible y que dicho acceso lo sea en consideración de imputado* (cursivas nuestras).

Esa información, consideramos, es independiente de la calificación jurídica que pueda darse a los hechos objeto de la imputación, pues en todo caso lo determinante es el conocimiento de las circunstancias fácticas de la conducta que se atribuye al imputado. En todo caso el COPP establece mecanismos, como el principio de congruencia entre acusación y sentencia, en orden a limitar las modificaciones que pudiere efectuar el

18 PICO I JUNOY, Joan (1997). *Las garantías constitucionales del proceso*. 3ª Reimpresión 2002, J.M. Bosch Editor, Barcelona, España. p. 111.

juez respecto de la calificación jurídica y que no hayan sido oportunamente notificadas a las partes.

2. Derecho a comunicarse con sus familiares, abogado de su confianza o asociación de asistencia jurídica, para informar sobre su detención

Este derecho que obra a favor del imputado detenido posibilita garantizar la asistencia jurídica necesaria para cuestionar su detención y posición en el proceso, ya sea la misma gestionada por su propia persona o sus familiares.

Se refiere la ley a la designación de un "abogado de confianza", vale decir, no puede tratarse de cualquier abogado, de allí la primacía de la voluntad del imputado o en su defecto, la de sus familiares y sólo cuando éstos no hubieren designado defensor la obligación para el Estado de designarle uno. Ese contenido esencial de la designación del abogado de confianza por la propia parte ha sido reconocido en diferentes sentencias del TCE, a tales efectos pueden citarse las sentencias 30/1981 de 24 de julio, 42/1982 del 5 de julio y 7/1986 del 21 de enero[19].

3. Defensa técnica

De la previsión del artículo 49.1 constitucional se deduce claramente la necesidad de que toda persona que es sujeto de un proceso penal esté provista de defensor, pues la norma se refiere a "defensa y asistencia jurídica", lo que supone la obligatoriedad de la defensa técnica, de ello se deriva: a) la exigencia de que a más tardar antes de prestar declaración el imputado esté asistido por un abogado[20]; b) la carga para el Estado de designarle abogado si el imputado o sus familiares no lo hicieren[21]; c) la sanción con nulidad absoluta de la declaración rendida por el imputado sin la presencia del defensor[22]; d) la posibilidad de que algunos actos del proceso puedan realizarse incluso sin la presencia del imputado o acusado, pero, en ningún caso, sin la presencia del defensor –tal es el caso de la posible exclusión del acusado de la sala de juicio y el desarrollo del debate sin su presencia en el procedimiento para la imposición de una medida de seguridad–; y e) la obligación para el abogado designado (salvo que mediare alguna causal que lo inhabilite) de aceptar la designación recaída en su persona[23].

Ese derecho a la asistencia técnica por un abogado "de confianza" persigue completar la incapacidad del imputado[24] y surge desde el mismo momento en que se adquiere tal cualidad, por lo que como derecho fundamental no es renunciable. Por

19 c.p. MONTERO AROCA et Al (98) . *Contestaciones al Programa*... p. 145.
20 Artículo 139 del COPP.
21 Ídem.
22 Último aparte articulo 132 COPP.
23 Artículo 142 COPP. "...Los abogados o abogadas nombrados de oficio no podrán excusarse de aceptar el cargo, sino en los casos determinados en la ley o por grave motivo a juicio del tribunal...".
24 Debe considerarse que aun cuando el imputado tuviere título de abogado el ser sujeto del proceso y estar, eventualmente sometido a medidas cautelares que podrían limitar incluso su libertad personal, conlleva a que su sola intervención no sea suficiente para resistir la persecución penal.

otra parte, a los efectos de facilitar su ejercicio dispone el COPP[25] que el nombramiento de defensor no está sujeto a ninguna formalidad. Este derecho a la asistencia técnica "consiste en la elección de un letrado de confianza de forma que pueden producirse colisiones entre la libertad de tal designación y el hecho de que se precisa de su ayuda, en casos de desconfianza inicial frente al nombrado de oficio o de pérdida de aquella posteriormente"[26].

Como lo ha reconocido la jurisprudencia española[27] el derecho a la asistencia letrada comporta que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa.

Como afirma PICO I JUNOY[28], ese derecho a la asistencia letrada persigue un doble fin:

a) Garantizar que las partes puedan actuar en el proceso de la forma más conveniente para sus derechos e intereses jurídicos, y defenderse debidamente contra la parte contraria; y

b) Asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición de las partes o limitaciones en la defensa que puedan conducir a alguna de ellas a un resultado de indefensión.

Debe tenerse presente que en los casos en que la designación es efectuada por el juez, por no existir la relación de confianza entre imputado y defensor, el tribunal debe tener especial cuidado en que la defensa sea *real* y *efectiva* y la presencia del defensor no se traduzca en una mera formalidad, pues en tal caso no se concretaría efectivamente la "asistencia jurídica" a la cual alude el numeral 1 del artículo 49 Constitucional. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso de Argentina, en sentencia del 2 de junio de 1997, ha sostenido que "no resulta suficiente para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso legal, que el acusado haya tenido representación letrada de manera solo formal, sino que es necesario también que aquél cuente con una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor". En el mismo sentido, el TCE en sentencia 106/1988 del 8 de junio[29] estableció:

> Se recordó entonces la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el artículo 6.3.c) del Convenio de Roma, el cual en su S. de 13 de mayo de 1980 (caso Artico), declaró que el mencionado precepto 'consagra el derecho a defenderse de manera adecuada personalmente o a través de Abogado, derecho reforzado por la obligación del Estado de proveer en ciertos casos de asist-

25 Artículo 141.

26 Armenta Lecciones... p.93

27 Ver a este respecto las decisiones del TCE 29/1995 de 6 de febrero, 18/1995 del 24 de enero, 181/1994 del 20 de junio, 101/1989 del 5 de junio, 71/1988 del 19 de abril y 30/1981 del 24 de julio, c.p. PICO I JUNOY, ob. cit p. 105.

28 Ob. cit. p. 106.

29 c.p. GONZÁLEZ PEREZ, Jesús (2001), en: *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3ª Edición, Editorial Civitas,. Madrid, España. p. 191-192.

encia judicial gratuita', obligación que no se satisface por el simple nombramiento o designación de un Abogado de turno de oficio... pues el artículo 6.3.c), como subraya el TEDH, no habla de 'nombramiento', sino de 'asistencia', expresión por cierto idéntica a la de nuestro artículo 24.2, CE [igual sucede con el artículo 49.1 de la Constitución venezolana], de donde se infiere que lo que el Convenio dispone es que el causado tiene derecho a gozar de una asistencia técnica efectiva, ya que si se interpretara el artículo 6.3.c) de una manera formal y restrictiva 'la asistencia judicial gratuita tendría el riesgo de revelarse como una palabra vacía en más de una ocasión' (FJ 6º). Y concluía el Pleno que 'este Tribunal, cuya jurisprudencia ha estado siempre orientada por el principio de que los textos constitucionales que reconocen derechos fundamentales no contienen palabras vacías, sino garantías jurídicas inviolables por los poderes públicos, ha de interpretar el derecho a la defensa y asistencia letrada del artículo 24.2, CE, en el mismo sentido que lo hizo el TEDH, en especial cuando tal derecho se enmarca en un proceso penal' [bastardillas nuestras].

3.1. Autodefensa

Comprende también el derecho a la defensa la posibilidad de que el imputado pueda defenderse personalmente[30]. Por su parte el COPP (artículo 139) permite que el imputado pueda defenderse personalmente, siempre que ello no menoscabe la eficacia de la defensa técnica, lo cual implica que el imputado puede asumir directamente su defensa pero con sujeción a ciertas limitaciones. En efecto, podría este sujeto procesal, aun sin la asistencia de su defensor, solicitar la práctica de diligencias, presenciar la práctica de actos de investigación, recusar funcionarios, interponer recursos, entre otras actuaciones[31]. A ello se suma la existencia de particulares actos de autodefensa que sólo podrían ser realizados por el acusado como lo es el derecho a decir la última palabra. Este último derecho no constituye una simple formalidad pues la intervención en el juicio oral, con posterioridad a las conclusiones de las partes posibilita que el acusado pueda confesar su participación en los hechos, exculparse e incluso suplir o ampliar la actuación de su defensor. Como afirma PICO I JUNOY[32], la viva voz del acusado se configura, de esta forma, en un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio.

4. Asistencia de traductor o intérprete

Este derecho permite el ejercicio de una adecuada defensa en la medida en que posibilita el conocimiento del imputado de los hechos que se le atribuyen. Sobre este respecto la Constitución en su artículo 9 prevé que el idioma oficial es el castellano, sin embargo los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas. En el mismo sentido el artículo 49.3 *ejusdem* señala que "quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete", de allí que el

30 El TCE ha establecido que ese derecho a la defensa privada forma parte del derecho a la defensa reconocido en el articulo 24.2 de la Constitución española.

31 En este sentido el artículo 139 del COPP declara que la intervención del defensor no menoscaba el derecho del imputado a formular solicitudes y observaciones.

32 PICO I JUNOY, Joan, ob. cit, p. 104.

derecho a la defensa y por ende al debido proceso, resultaría afectado si el imputado que no conoce el idioma castellano no es provisto de intérprete, por cuanto mal podría tener conocimiento de cuál es el hecho que se le atribuye y presentar su justificación o descargo.

5. Derecho a solicitar la práctica de diligencias de investigación

Ciertamente el Ministerio Público esta obligado –dado su carácter de parte de buena fe– no sólo a practicar diligencias que puedan servir para exculpar al imputado, sino que además está obligado a facilitarle tales datos. Tal obligación, sin embargo, no obsta para que el imputado, directamente, o a través de su defensor, solicite al fiscal, en su condición de director de la investigación, la práctica de diligencias que permitan desvirtuar la imputación (provisional) que se le hubiere formulado.

En estos casos el Ministerio Público, so pena de comprometer su imparcialidad, está obligado a acordar la práctica de las diligencias solicitadas, salvo que funde su no realización en que las mismas no guardan relación alguna con el hecho investigado, son manifiestamente ilegales o inconstitucionales, son de imposible práctica o no aportarán ningún elemento a la investigación. Esta última posibilidad debe interpretarse con particular celo en orden a no afectar la defensa del imputado.

En todo caso, el juez de control, en su condición de garante de los principios establecidos en la Constitución, los tratados suscritos por la República y la ley, podría ser requerido en los casos en que la imparcialidad fiscal pudiere estar comprometida.

6. Derecho a declarar directamente ante el juez

Ciertamente el principio acusatorio supone la clara separación entre las funciones de acusar y decidir, ello supone que un tribunal sólo podrá resolver una controversia en la medida en que el acusador hubiere ejercido la respectiva acción (*ne procedat iudex ex officio*), ese acusador podría ser la víctima del delito (sistema privado) o cualquier ciudadano (sistema popular). El modelo adoptado por el legislador venezolano en el COPP ciertamente parte del principio de que las funciones de acusar y decidir deben estar confiadas a sujetos procesales distintos: el Ministerio Público y el Tribunal, respectivamente; sin embargo, la misma circunstancia de que sea un órgano del Estado (Ministerio Público) quien ejerza la acción penal (por delitos de acción pública) y no la víctima, conduce a la adopción del denominado sistema acusatorio formal o acusatorio reformulado (también denominado sistema mixto), ello explica el que en algunos casos otro órgano del Estado: el Juez, deba intervenir para garantizar la legalidad en la actuación del Ministerio Público y la igualdad en el ejercicio de los derechos de los diferentes sujetos que intervienen en el proceso.

En este orden de ideas interesa destacar las funciones que la vigente legislación procesal penal atribuye al juez de control. Nótese que hasta la denominación legal

es indicativa de la función que el legislador le asignó, pues se trata de un funcionario que, sin tomar parte en las resultas de la investigación que se concreta en el curso de la fase preparatoria o en los actos que se verifican durante la etapa intermedia, debe velar porque se respeten las garantías de los diferentes sujetos procesales, independientemente de que, como en el caso de la víctima, asuman o no la condición de parte. A este respecto es importante recordar que durante casi todo el proceso de formación del COPP[33] en su versión original, a este funcionario se le denominó "juez de control de la investigación", lo que pone de manifiesto la trascendencia de la función en el proceso, y básicamente en el curso de la etapa investigativa, de ese sujeto procesal.

En el caso del imputado debe reiterarse, como ya se asentó, que se trata de un sujeto de derechos, colocado además en una posición de igualdad con el acusador, cuya situación jurídica en el proceso no varía sustancialmente mientras no sea desvirtuada la presunción de inocencia que obra a su favor.

Por lo tanto, el imputado, a partir del momento en que adquiere esa cualidad, adquiere también el derecho a defenderse y una de las manifestaciones de ese derecho es la de "presentarse directamente ante el juez con el fin de prestar declaración". En palabras de BINDER se trata de "introducir válidamente al proceso la información que el imputado considera apropiada". Tal facultad no es más que una consecuencia de la garantía de defensa y, dentro de esta garantía, específicamente el *derecho a ser oído*[34], derecho éste reconocido en la Constitución de la República y en diferentes instrumentos de Derechos Humanos, a saber, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana y Convención Europea de Derechos Humanos, entre otros. De ello se colige que el imputado no puede ser obligado a declarar en su contra, que por tener la libertad de declarar puede decidir no hacerlo, que en caso de que decida declarar debe hacerlo sin juramento y que se prohiba toda forma de coacción que restrinja o limite su voluntad de decidir acerca de lo que quiere expresar.

El derecho a ser oído o derecho de audiencia ante el Tribunal no es exclusivo del imputado sujeto a una medida de coerción personal, ya sea durante el curso de la fase preparatoria o en una etapa posterior; tampoco debe ser confundido con el derecho de audiencia en el curso del juicio oral. Por el contrario, tal derecho a declarar ante el juez resulta de mayor importancia en el curso de la etapa de investigación, considerado que en el desarrollo de esta pueden surgir circunstancias que desmejoren su situación en el proceso, afecten sus derechos y, eventualmente, pudieren hacerle objeto de medidas de coerción, de allí que el poder pronunciarse al respecto ante un tercero extraño a la investigación es una manera de que se concrete en el terreno de los hechos uno de los derechos consagrados a su favor.

Esa participación judicial, que no es una facultad del tribunal sino, como ya se ha señalado, un derecho del imputado, en nuestro criterio, en modo alguno compromete

33 Vid. Archivos de la Comisión Legislativa del extinto Congreso de la República.
34 Como contrapartida del derecho a guardar silencio sin que ello pueda generarle consecuencias gravosas.

la imparcialidad del juez[35] y por ende la garantía del principio acusatorio, pues tal funcionario sólo puede limitarse a recibir la declaración del imputado sin emitir pronunciamiento alguno al respecto. Por el contrario, constituiría un claro supuesto de parcialidad la negativa del juez a recibir la declaración. De allí que el imputado puede hacer uso de ese derecho antes o después de haber sido citado a declarar ante el fiscal del Ministerio Público.

En efecto, si un ciudadano ha adquirido la cualidad de imputado en razón de la realización de un acto de procedimiento proveniente del Ministerio Público u otro órgano de persecución penal, estaría habilitado, a partir de ese momento, para acudir directamente ante el juez con el fin de prestar declaración, pues como afirma MAIER, "el derecho a ser oído alcanza su expresión real en la audiencia del imputado ante el juez", de allí podríamos concluir que la negativa del juez a recibir la declaración del imputado o su recepción con violación de las formas legales establecidas al efecto afectaría, en el primer caso, y como ya se dijo, la imparcialidad del funcionario y, en el segundo, conduciría irremediablemente a la nulidad del acto.

Por otra parte, debe considerarse que la declaración del imputado en el curso de la fase preparatoria, además de constituir un medio de defensa[36] estaría enmarcada en la categoría de los denominados "actos de investigación", (que no actos de prueba) y para que pueda concretarse en su práctica el principio contradictorio, se hace impretermitible la presencia del director de esa investigación, vale decir, del representante del Ministerio Público, pues recordando a BINDER, podemos convenir con que en el curso de un proceso penal el Estado se desdobla en dos funciones: la función jurisdiccional que ejerce el juez y la función requirente ejercida por el Ministerio Público. Por tanto en ese acto de la declaración del imputado tienen que estar presentes los dos representantes del Estado.

A lo anterior se agrega que la facultad del imputado de declarar "directamente" ante el juez, además de fortalecer el derecho a la defensa tiene como otra finalidad evitar que la obtención de la confesión pueda convertirse en uno de los objetivos del proceso penal, objetivo que en un sistema procesal como el venezolano con antecedentes inquisitivos podría concretarse en el curso de la fase investigativa.

En suma, la participación del juez de control en una investigación, específicamente en la recepción de la declaración del imputado, sólo persigue, como se suele afirmar, "equiparar las armas" en el proceso penal, ello es lo que explica que los anticipos de prueba y actos que puedan implicar una lesión a garantías o derechos constitucionales, deban ser autorizados por el referido funcionario. Tal mecanismo de control es perfectamente acorde con nuestro sistema procesal penal, pues no es más que una manifestación de esa suerte de frenos y contrapesos que también se pone en evidencia

35 Debe recordarse que como afirma CAFFERATA, son dos las garantías que se derivan del modelo acusatorio: la imparcialidad del juez y el debido proceso.

36 Sobre este particular el artículo 133 del COPP contempla que la declaración es un medio de defensa y, por consiguiente, el imputado tiene derecho a explicar todo cuanto sirva para desvirtuar las sospechas que sobre el recaigan, y a solicitar la práctica de diligencias que considere necesarias.

cuando el Ministerio Público y la defensa controlan la actividad judicial o la contradicen por intermedio de los recursos.

7. Derecho a solicitar que se active la investigación y a conocer su contenido

Ciertamente ningún sistema procesal, por liberal que resulte, contempla una investigación a la cual terceros extraños al proceso puedan tener acceso, de ello deriva que la investigación debe ser reservada salvo para quienes tengan la condición de parte o sujetos procesales de la misma. Sin embargo, el COPP, en su artículo 286 faculta al fiscal del Ministerio Público para que, mediante "acta motivada" y siempre que la publicidad (inter partes) entorpezca la investigación, disponga la reserva total o parcial de las actuaciones por un plazo que no puede superar los quince días continuos. En este caso el decreto de reserva compete unilateralmente al fiscal y está exceptuado de control judicial.

Ahora bien, si el fiscal excepcionalmente estimare la pertinencia de prorrogar hasta por quince días mas la reserva, las partes –y ello lógicamente incluye al imputado– están facultadas para solicitar al juez de control que decrete el cese de la medida una vez examinados sus fundamentos.

A ello se agrega que una forma de que el imputado pueda conocer cabalmente cual es el hecho que se le imputa es a través del acceso a los "actos" y "actas" de investigación.

8. Derecho a ser impuesto del precepto constitucional que lo exime de declarar y, aun en caso de consentir a prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento

La declaración que rinda el imputado debe ser libre de apremio y coacción, de allí que no está obligado a juramentarse, pues comprometer sus creencias o religión podría constituir un factor que incidiría en su libertad de exponer.

Ciertamente la asistencia letrada permite garantizar el ejercicio de este derecho pues como afirma TEDESCO[37], es el defensor el único que pueda garantizar que la atmósfera coercitiva no vicie la libertad que debe poseer toda declaración de un imputado, pues la presencia y asesoramiento del abogado defensor durante el interrogatorio es un hecho sustancialmente demostrativo del respeto por los derechos del inculpado, tendiente a preservarlos de manera más práctica que a través de la lectura de advertencias realizadas por un funcionario que pueden convertirse en un simple mecanismo ritual.

37 TEDESCO, Ignacio (1999). *El derecho de defensa en juicio y el abogado defensor*, en: Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina. p. 227.

9. Derecho a no ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de su dignidad personal.

Este derecho, si bien no es exclusivo del imputado, pues resguarda a todos los sujetos procesales y demás personas que intervienen en el proceso[38], tiene respecto de aquel particular importancia, pues si del tal práctica se pretendiere obtener la confesión u otra consecuencia que le perjudicare, tales actos estarían viciados de nulidad absoluta[39]. En este sentido, en lo que respecta a la licitud de prueba, dispone el artículo 181 del COPP que no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza o engaño.

10. Derecho a no ser objeto de técnicas o métodos que alteren su libre voluntad, incluso con su consentimiento

Este derecho, que está en total correspondencia con el previsto en el numeral 8 está dirigido a garantizar que la declaración o participación del imputado en el curso del proceso se desarrolle con total libertad, de allí la exclusión de factores que pudieran comprometer su aspecto volitivo, aun incluso si él los consintiera. Dado que el constreñimiento o sometimiento a alguna técnica que pudiere menoscabar la voluntad del imputado implicaría la violación de una garantía establecida a su favor, el acto realizado en estas circunstancias estaría viciado de nulidad absoluta por disposición del artículo 175 del COPP.

Como se puede advertir de la relación precedente los derechos enunciados en el artículo 127 del COPP en líneas generales lo que pretenden garantizar es el pleno ejercicio del derecho a la defensa en la medida en que esta garantía permite hacer operativas las demás consagradas a favor de este sujeto procesal.

11. Derecho a solicitar el sobreseimiento

Si bien el sobreseimiento está contemplado como un acto conclusivo de la fase preparatoria, nada obsta para que el imputado o su defensa lo soliciten e incluso el juez de oficio lo declare, según la causal que diere lugar al mismo.

Este derecho fue incorporado en la reforma de junio de 2012, en todo caso, de no tener una consagración expresa, igualmente el imputado podría solicitar el sobreseimiento a su favor en el ejercicio de su derecho a la defensa.

38 En este sentido el artículo 10 del COPP dispone: "*Respeto a la dignidad humana*. En el proceso penal toda persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan, y podrá exigir a la autoridad que le requiera su comparecencia el derecho de estar acompañada de un abogado de su confianza".

39 Según el artículo 175 del COPP "Serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado o imputada, en los casos y formas que este Código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías fundamentales previstos en este Código, la Constitución de la República, las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República Bolivariana de Venezuela".

12. Derecho a ser oído u oída

Este derecho, reconocido constitucionalmente y en los pactos internacionales ratificados por Venezuela, constituye una de las garantías del debido proceso. A decir de JAUCHEN[40] este es el ingrediente fundamental del derecho a la defensa, pues sin menoscabo de la defensa técnica, el derecho a ser oído importa el deber del Estado de escuchar al imputado personalmente, tomar en cuenta e investigar lo explicado por él, es su defensa material, sin la cual no podría existir proceso válido. Continua señalando, que el derecho a ser oído lleva necesariamente a que el sistema procesal se estructure en forma tal que posibilite el contradictorio y para ello será indispensable la previa información al imputado del hecho que se le incrimina, pues para ser oído debe comunicársele en forma clara y precisa, el material fáctico que se le atribuye, pues nadie puede responder o explicarse acerca de lo que ignora; tampoco podrá hacerlo adecuadamente si dicha información es equívoca, vaga o genérica.

Se eliminó en la reforma de 2012, el derecho del imputado o imputada a no ser juzgado en ausencia. Podría decirse que tal derecho no ameritaba declaración en función de que el texto constitucional prohíbe el juicio en ausencia, sin embargo la razón no declarada es otra, pues esta misma reforma consagró la figura de la contumacia o rebeldía del imputado que no comparece a la audiencia preliminar o de juicio, lo cual posibilita, en este segundo caso, un juicio sin su presencia.

5.3. Tiempo y forma de la declaración

En cuanto al tiempo y forma de la declaración del imputado, el COPP distingue varios supuestos: a) Durante la investigación declarará ante el funcionario del Ministerio Público encargado de ella; b) Si el imputado ha sido aprehendido, se debe notificar inmediatamente al Ministerio Público para que declare ante él, a más tardar en el plazo de doce horas a contar desde su aprehensión; el plazo se prorrogará por otro tanto, cuando el imputado lo solicite para nombrar defensor; c) Durante la etapa intermedia, el imputado declarará si lo solicita y la declaración será recibida en la audiencia preliminar por el juez; y, d) En el juicio oral, en la oportunidad y formas previstas por el COPP.

En todo caso en que el imputado declare, deberá ser impuesto del precepto constitucional que lo exime de declarar en causa propia.

5.4. Garantías

El imputado tiene derecho de abstenerse de declarar como también a declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca sólo como una medida dilatoria en el proceso. En todo caso, la declaración del imputado será nula si no la hace en presencia de su defensor.

40 Ob. Cit. P. 238.

Como otra garantía para el imputado se prevé (art. 137) que si el examen del imputado o imputada se prolonga excesivamente, o si se le hubiere dirigido un número de preguntas tan considerable que provoque su agotamiento, se le deberá conceder un descanso prudencial para su recuperación. En todo caso, deberá hacerse constar las horas de inicio y terminación de la declaración.

Llama la atención que en la reforma de 2012 se haya suprimido −sin explicación alguna− la disposición incorporada por el COPP desde su aprobación inicial, en el sentido de que el imputado o imputada sólo podría rendir declaración en el horario comprendido entre las 7:00 am. y las 7:00 pm.

6. Defensor

Como indica BINDER[41], la figura del defensor constituye un elemento muy especial, con características muy definidas dentro del conjunto de los operadores o protagonistas del sistema judicial, pues es en quien se manifiesta más claramente la ruptura de barreras entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, al estar obligado a manejar ambos saberes, con el mejor nivel que esté a su alcance. A decir de este autor la garantía de la defensa ejerce una función particular respecto de las garantías procesales y penales, pues tiene un carácter operativo frente a las demás garantías que en cierto modo tienen un carácter estático hasta que el defensor las pone en marcha.

En resguardo del derecho a la defensa garantizado constitucionalmente, prevé el COPP que el imputado tiene derecho, a partir del primer acto de procedimiento, a nombrar como defensor a un abogado de su confianza, de no hacerlo, deberá el juez designarle un defensor público (en todo caso deberá estar asistido antes de prestar declaración). Caso de no existir defensor público en la localidad se nombrará de oficio un abogado, a quien se notificará y se tomará juramento.

Los abogados nombrados de oficio no podrán excusarse de aceptar el cargo, sino en los casos determinados en la ley o por grave motivo a juicio del tribunal. Sobre sus excusas o renuncias debe resolverse breve y sumariamente, sin apelación.

Toda esta regulación se justifica dado que es el defensor el encargado de controlar el ejercicio del poder penal, esto es, que el proceso llevado a cabo por el Estado contra una persona a quien se imputa la comisión de un delito, se desarrolle con el respeto a las garantías procesales y materiales establecidas en la Constitución y la ley. La intervención del defensor técnico no menoscaba el derecho de autodefensa que en el Código se reconoce al imputado, en todo caso ambas deben conciliarse "dando oportunidad a una libre, pero coordinada, expresión de ambas, pues la una sin la otra es inoperante y no garantiza la defensión constitucional" (VERGÉ GRAU). En todo

41 BINDER, Alberto (93). La dogmática penal en el trabajo cotidiano de los defensores, en *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina. p. 26.

caso, como afirman GIMENO SENDRA, *et al*[42], la defensa se presenta como una parte dual, toda vez que está integrada por dos sujetos procesales: el abogado defensor que ejercita la defensa pública (es decir, técnica) y su defendido o imputado que ejerce la defensa privada o autodefensa.

6.1. Requisitos

Para ejercer la función de defensor o defensora en el proceso penal (art. 140 del COPP) se requiere ser abogado, no tener impedimento para el ejercicio libre de la profesión conforme a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.

El nombramiento del defensor no está sujeto a ninguna formalidad. En consecuencia, una vez designado por el imputado, por cualquier medio, deberá aceptar el cargo y jurar desempeñarlo fielmente ante el juez haciéndose constar en acta[43].

La intervención del defensor no es un requisito meramente formal pues el COPP reconoce a éste, inclusive desde la fase preparatoria una activa participación; en tal virtud, se prevé que el defensor pude examinar las actuaciones realizadas por el fiscal en esa primera fase del proceso (art. 286) y, por tanto, es nulo de nulidad absoluta, cualquier acto realizado sin la intervención, asistencia y representación del imputado (art. 175).

Ahora bien, el papel del defensor sólo es de índole profesional, pues éste

> no se encuentra ubicado en una posición de enemigo o contradictor personal del funcionario judicial, teniendo la obligación jurídica y social de propugnar por el trámite ágil del proceso, y siendo ajena a su función cualquier acción dirigida a entorpecer el curso procesal o engañar al funcionario en la toma de sus decisiones[44].

El imputado no puede nombrar más de tres defensores, quienes ejercerán sus funciones conjunta o separadamente, salvo lo dispuesto respecto del defensor auxiliar para las diligencias que hayan de practicarse fuera del lugar del proceso, y el defensor manifieste su imposibilidad de asistir a ellas.

6.2. Revocatoria y excusas

En cualquier estado del proceso podrá el imputado revocar el nombramiento de su defensor (art. 144 COPP). En caso de muerte, renuncia o excusa, o bien porque el nombramiento haya sido revocado, deberá procederse a nuevo nombramiento dentro

42 Ob. cit. p. 74.

43 En este sentido la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 3 de mayo de 2005 ha establecido que el nombramiento de abogado de confianza no está sujeto a formalidad alguna pero si el acto de juramentación que debe prestarse ante el juez.

44 BARRETO ARDILA. Ob. cit. p. 73.

de las veinticuatro horas siguientes, o a la designación de defensor público o defensora pública (art. 145 COPP).

El nombramiento por el imputado de un defensor, hace cesar en sus funciones al defensor público o al defensor de oficio que haya venido ejerciéndolas.

El nombramiento, por el imputado, de un subsiguiente defensor, no revoca el anterior hecho por él, salvo que expresamente manifieste su voluntad en ese sentido (art. 146 COPP).

6.3. Inhabilidades

Se mantienen en el COPP (art. 147) las causales que determinan la inhabilidad de los defensores nombrados por el tribunal, en consecuencia, no pueden ser designados al efecto:

> l. El enemigo manifiesto del imputado o imputada;
> 2. La víctima;
> 3. Los ascendientes de la víctima, sus descendientes, su cónyuge, su padre adoptante, su hijo adoptivo, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
> 4. El tutor o tutora, protutor o protutora, o curador o curadora de la víctima, ni el donatario o donataria, dependiente o heredero o heredera de ellos o ellas;
> 5. Quien hubiere intervenido como fiscal del Ministerio Público, o Juez o jueza, en la misma causa en la que es nombrado defensor o defensora.

7. La víctima

A diferencia del imputado, que en cierto modo constituye la figura central del procedimiento penal, ya que todo gira en torno a su culpabilidad e inculpabilidad, el ofendido es, en el fondo, solamente una figura marginal. En contraste con el procedimiento civil, donde el ofendido juega un papel decisivo como "demandante", en el procedimiento penal él ha sido en gran parte desplazado por el Ministerio Público. Por ello, actúa, por regla general, sólo como testigo del hecho o sus consecuencias[45] (ALBIN ESER).

Esa intervención limitada de la víctima ha sido una característica de los sistemas inquisitivos. En efecto, el CEC al dar cabida a la acción popular, esto es, permitir que cualquier persona "agraviada o no" se pudiera constituir en acusadora en los delitos de acción pública (art. 100), contribuyó a la relegación de la víctima pues, si esta no disponía de la información o medios para constituirse en acusadora no tenía la cualidad de "parte" y, por tanto, tampoco tenía intervención en el proceso.

---

45 ESER, Albin (92). "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal". En *De los delitos y de las víctimas.* Edit. Ad-Hoc. p. 16.

Según MAIER[46]

> la víctima es, como consecuencia, un protagonista principal del conflicto social, junto al autor, y el conflicto nunca podrá pretender haber hallado solución integral, si su interés no es atendido, al menos si no se abre la puerta para que él ingrese al procedimiento, dado que, en este punto, gobierna la autonomía de la voluntad privada. Sólo con la participación de los protagonistas –el imputado y el ofendido como hipotéticos protagonistas principales– resulta racional buscar la solución del conflicto, óptimamente, esto es, de la mejor manera posible.

A partir de la comisión del delito la víctima experimenta una sensación de inseguridad que muchas veces conduce a una segunda victimización (victimización secundaria), esta vez víctima del proceso.

> En efecto, el hecho de que frecuentemente la víctima del delito no tenga información sobre sus derechos; de que no reciba la atención jurídica correspondiente; de que sea completamente mediatizada en su problema y de que, más aún, en muchos casos (violaciones o agresiones sexuales en general, violencia doméstica, etc.) reciba un tratamiento que le significa ahondar la afectación personal sufrida con el delito, implica que los operadores del sistema penal procesal le determinan sus condiciones de desamparo e inseguridad, con lo cual se reafirma su etiqueta de víctima[47].

Esto supone que las leyes de procedimiento penal, dado el rol protagónico de la víctima en el hecho que constituye el objeto del proceso, deben reconocerle expresamente, y, al mismo tiempo, informarle de sus facultades en el proceso, a saber, la posibilidad de constituirse en querellante o en actor civil, o, en caso de no hacerlo, el derecho de ser informada de las decisiones dictadas respecto del imputado que puedan interesarle, de hacerse representar si fuere menor o incapaz. En este sentido con la creciente importancia que ha experimentado la victimología en los últimos tiempos, se ha propiciado un cambio satisfactorio en el rol del ofendido.

En el caso venezolano, el COPP comienza por declarar como objetivos del proceso penal la protección y reparación del daño causado a la víctima; en tal virtud, se dispone que el Ministerio Público está obligado a velar por los intereses de ésta en todas las fases y que los jueces deben garantizar la vigencia de sus derechos y el respeto, protección y reparación durante el proceso (art. 120). Con esto el legislador venezolano no hace sino recoger la participación de la víctima en el proceso penal sugerida por Naciones Unidas al recomendar en la "Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder" que las víctimas "tendrán derecho de acceso a los mecanismos de justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido". Al disponer que

> se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas, informándolas de su papel y del alcance, el desarrollo

46 MAIER, Julio (91) *La víctima y el sistema penal*. En: Jueces para la democracia, Nº 12. p. 42-43. Cit. BUSTOS RAMÍREZ, Juan (93). *Victimología: presente y futuro*. Segunda Edición. Edit. Temis. Santa Fé de Bogotá. Colombia. p. 29.

47 BUSTOS. ob. cit. p. 30

> cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trata de delitos graves y cuando haya solicitado esa información prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial.

La víctima, en el régimen del COPP tiene tres posibilidades para concretar su participación en el proceso:

1. Presentando querella y posteriormente una acusación particular propia.
2. Adhiriéndose a la acusación del fiscal.
3. No presentando querella.

En los dos primeros supuestos, la víctima se convierte en un acusador secundario dado el carácter de acusador principal del fiscal. En el tercer supuesto, aún cuando la víctima no presente querella su participación se concreta de la siguiente manera:

1. Intervención activa en la fase preparatoria a través de pedimentos al fiscal.
2. Presencia en la práctica de pruebas anticipadas.
3. Solicitud de examen judicial del decreto de archivo fiscal.
4. Comparecencia a la audiencia preliminar.
5. Potestad de recusar.
6. Ejercer recursos.
7. Convenir en acuerdos reparatorios.

De la misma manera se amplía la definición de víctima, es decir, se considera tal, no sólo al directamente agraviado por el delito, esto es, al titular del bien jurídico afectado, sino también al cónyuge o la persona con quien se mantenga relación estable de hecho, al hijo o padre adoptivo, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero, en los delitos cuyo resultado sea la incapacidad o muerte del ofendido o el delito se cometa en perjuicio de una persona incapaz o menor de dieciocho años; a los socios, accionistas o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan; y a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito (art.121).

Se prevé como único caso de acción popular el hecho de que la Defensoría del Pueblo y cualquier persona natural presente querella contra funcionarios o empleados públicos, o agentes de las fuerzas policiales, que hayan violado derechos humanos en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas (art. 123). En la reforma de 2012 se

eliminan como legitimados para presentar querella en estos casos, a las asociaciones de defensa de los Derechos Humanos.

En relación con los derechos humanos que podrían ser objeto de persecución a través de la aludida acción popular, debe considerarse el criterio vinculante establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el fallo N° 91 del 15 de marzo de 2017 (*Caso Alfonso Nicolás de Conno Alaya*), en el que declaró delitos atroces, por sus graves violaciones de derechos humanos, el delito de violencia sexual (tipificado en el artículo 43 LOSDMVLV), cometido en forma continuada; y los delitos de acto carnal con víctima especialmente vulnerable, prostitución forzada, esclavitud sexual, tráfico ilícito de mujeres, niñas y adolescentes, y el delito de trata de mujeres, niñas y adolescentes, tipificados respectivamente en los artículos 44, 46, 47, 55 y 56 de la citada Ley. Declaró la Sala que estos hechos punibles, "constituyen delitos atroces configurativos de *una violación sistemática de los derechos humanos, que muestra en forma dramática los efectos de la discriminación y subordinación de la mujer* (incluidas niñas y adolescentes) por razones de sexo en la sociedad", que están "vinculados estrechamente con el compromiso por parte del Estado venezolano de adoptar las sanciones penales contra aquellos hechos pertenecientes al "*Derecho Internacional Humanitario*", y dado que causan… un alto impacto tanto en la sociedad venezolana como en la internacional". Este criterio "atendiendo a las condiciones de igualdad y trato igual", se extiende a los delitos de explotación sexual de niños y adolescentes varones y abuso sexual a niños y adolescentes varones, cometidos en forma continuada, tipificados en los artículos 258, 259 y 260 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Como consecuencia de la referida declaratoria se establece que en el caso de esos delitos "… una vez que se haya desvirtuado el principio de presunción de inocencia, mediante sentencia condenatoria definitivamente firme, no podrán otorgarse los beneficios procesales establecidos en la ley ni habrá lugar a la aplicación de fórmulas alternativas de cumplimiento de pena".

Se establece como una facultad de la víctima la delegación del ejercicio de sus derechos en la Defensoría del Pueblo[48], cuando sea más conveniente para la defensa de sus intereses. En este caso, se suprimen las formalidades, la necesidad de poder especial y sólo bastará que la delegación de derechos conste en un escrito firmado por la víctima y el representante legal de la Defensoría del Pueblo.

Se advertía inicialmente en el COPP el protagonismo de la víctima cuando se le concedían nuevos márgenes a su voluntad para determinar la solución del conflicto, es el caso de los acuerdos reparatorios y de la notificación que debe hacerse a la víctima del archivo de las actuaciones por parte del Ministerio Público, entre otras facultades; no obstante, en la reforma del COPP del año 2001, se limitó notablemente su participación en el proceso, ejemplo de ello lo constituye la previsión del art. 311, norma que enuncia

48 También a estos efectos se suprimió en la reforma de 2012 la participación de las asociaciones de protección o ayuda a las víctimas, en las cuales podría recaer la delegación

las facultades y cargas de las partes previas a la audiencia preliminar, estableciendo en el caso de la víctima que esta puede ejercer esas facultades "siempre que se haya querellado o haya presentado una acusación particular propia". Adicionalmente, en la reforma de 2012 se contempla como uno de sus derechos (art.122.2) ser informada de los avances del proceso "cuando lo solicite", es decir, se restringió aun más su relevancia y participación en el proceso.

Distinta es la situación de la víctima en los delitos de acción dependiente de instancia de parte pues, en estos, no obstante que el Ministerio Público puede intervenir para prestar auxilio a través de una investigación preliminar, aquella tiene el carácter de acusador principal.

8. Auxiliares de las partes

8.1. Asistentes no profesionales

Prevé el COPP la posibilidad de que las partes puedan valerse de asistentes no profesionales para que colaboren en su tarea. En este caso, deberán dar a conocer sus datos personales, expresando que asumen la responsabilidad por su elección y vigilancia. Esos asistentes, cuya limitación en número no regula el texto adjetivo, sólo pueden cumplir tareas accesorias y no pueden sustituir a las personas a quienes asisten en los actos propios de su función. Se les permite que asistan a las audiencias pero no pueden intervenir en ellas.

Las reglas anteriores también rigen para la participación de los estudiantes que realizan su práctica jurídica.

8.2. Consultores técnicos

Respecto de estos sujetos procesales dice la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica que son "colaboradores en la defensa de un interés" y por tanto su intervención se limita a asesorar al titular de ese interés sobre cuestiones referentes a su conocimiento específico, para la mejor defensa de ese interés. El COPP siguiendo tal orientación, prevé que cuando por las particularidades del caso, alguna de las partes considere necesario ser asistida por un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo comunicará al juez.

El consultor técnico podrá presenciar las experticias. En las audiencias podrán acompañar a la parte con quien colaboran y auxiliarla en los actos propios de su función. Se diferencia del experto en el número, interés y dependencia. En efecto, la actuación del experto debe ser imparcial en tanto que el consultor técnico, en la medida en que asiste a una de las partes, tiene interés en las resultas del proceso; la ley limita el número de consultores técnicos, por tanto cada parte sólo podría designar

uno, independientemente de la multiplicidad de áreas en las que requiriere de asesoría, la participación de los expertos en el proceso, por el contrario, no está limitada numéricamente; finalmente, el experto es designado por el Estado mientras que los consultores técnicos son designados por las partes.

Respecto de tales diferencia nota COLOMBO[49], que el perito es un tercero técnicamente idóneo, designado por el juez para dar su opinión fundada y con ello contribuir a formar la convicción de aquél, acerca de hechos cuyo esclarecimiento requiere conocimientos especializados sobre determinada actividad, en tanto que el consultor técnico es la persona designada por la parte, para que –sobre la base de sus conocimientos especializados– presencie las operaciones técnicas que realice el perito, formule las observaciones que considere pertinentes y, dentro del plazo fijado a aquél, presente por separado su respectivo informe. El perito y el consultor técnico tienen la misma función de asesoramiento, pero el primero es el auxiliar directo del juez y el titular del dictamen pericial oficial, mientras que los consultores técnicos son defensores de las partes, cuyas opiniones pueden ser de utilidad para la decisión de la causa, en la medida en que los datos y elementos científicos en que se fundaren fueren juzgados prevalecientes.

A diferencia del caso de los asistentes no profesionales, cada parte sólo tiene derecho a nombrar un consultor técnico, por tanto, el Ministerio Público también puede designar directamente a su consultor.

Con la incorporación de estos consultores técnicos se considera un planteamiento que hacía la doctrina venezolana[50], citando como referencia la consulta técnica (*consulenza tecnica*) del procedimiento penal italiano.

49 COLOMBO, Carlos (96). *La Prueba*. Libro en memoria del Profesor Santiago Sentís Melendo, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, Argentina. p. 200-201.

50 CHIOSSONE, Tulio (89). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas. p. 306.

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA VI

La jurisdicción se caracteriza por ser única, sin embargo suele distinguirse entre una jurisdicción *contenciosa* y otra *voluntaria.* Al mismo tiempo, la especialización ha hecho necesario distinguir entre jurisdicción *ordinaria,* aplicable a la generalidad de los ciudadanos y *especial,* en la que se toma en cuenta atributos particulares del sujeto (Vgr. la condición de militar o funcionario público); no obstante frecuentemente el propio legislador utiliza las expresiones jurisdicción y competencia como sinónimas o se refiere a jurisdicciones cuando verdaderamente se trata de competencias especializadas.

La finalidad general de la jurisdicción es la de comprobar dentro de los marcos del proceso penal, y con el cumplimiento estricto de las ritualidades constitucionales y legales previstas para los actos procesales y para las actuaciones y decisiones judiciales, si en la conducta de la persona vinculada procesalmente se dan los elementos objetivos y subjetivos que constituyen el delito –acción u omisión, tipicidad, imputabilidad, antijuridicidad, y culpabilidad–, que son el presupuesto de la pena en caso de tratarse de un imputable, o de la medida de seguridad, si de inimputable se trata[1].

Las normas relativas a la jurisdicción y competencia han surgido como consecuencia de la garantía del juez natural[2], entendiendo por éste el llamado por la ley previamente a decidir; pues así como el delito y la pena, por exigencia del principio de legalidad, deben estar establecidos con anterioridad en la ley, igualmente el juez llamado a imponer la pena por el delito cometido, así como su ámbito de actuación deben estar predeterminados por ley. De ello se concluye que se puede afirmar la competencia judicial cuando se cumplen tres requisitos: a) los hechos punibles sólo pueden ser enjuiciados por "jueces"; b) debe tratarse de jueces "ordinarios" –lo que implica la proscripción de jueces o tribunales *ad-hoc* pero no impide la especialización de los órganos–; y c) los jueces deben estar determinados por la ley con anterioridad a la comisión del hecho punible.

Si bien es cierto que todos los jueces de la República tienen el poder de aplicar la ley al caso concreto, esto es, tienen jurisdicción, la necesidad de dividir el trabajo ha conllevado a fijar ciertos ámbitos para el ejercicio de esa jurisdicción, es decir, ha dado

1 SAAVEDRA ROJAS. ob. cit. p.150.

2 Conforme a los establecido en el artículo 49.4 Constitucional, toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en la Constitución y la Ley. Por su parte el COPP consagra esta garantía en el artículo 7 al disponer que toda persona debe ser juzgada por sus jueces o juezas naturales y, en consecuencia, nadie puede ser procesado ni juzgado por jueces o juezas o tribunales *ad hoc*, y que la potestad de aplicar la ley en los procesos penales corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales ordinarios o especializados establecidos por las leyes, con anterioridad al hecho objeto del proceso.

lugar a la competencia. En tal sentido, y siguiendo las previsiones del COPP, podemos clasificar la competencia de la siguiente manera:

Competencia	1. Por el territorio
	2. Por la materia
	3. Por la persona
	4. Por conexión
	5. Subjetiva (recusación e inhibición)

1. Competencia territorial

1.1. Regla general

Así como en materia sustantiva rige el principio de que todo el que cometa un delito o falta en territorio venezolano[3] será penado con arreglo a la ley venezolana (art. 3 CP), en materia procesal, también el territorio constituye la regla general que determina la competencia de un tribunal para el conocimiento de un hecho punible. En consecuencia, serán competentes para el conocimiento de los delitos o faltas, el tribunal del lugar donde se hayan consumado, en donde se haya ejecutado el último acto dirigido a la comisión del delito o donde haya cesado la continuidad o permanencia o se haya cometido el último acto conocido del delito, según el caso.

Acoge el legislador la teoría de la ubicuidad al disponer que si se trata de un delito cometido en parte dentro del territorio nacional, será competente el tribunal del lugar donde se haya realizado total o parcialmente la acción u omisión o se haya verificado el resultado, es decir, dado que se trata de delitos cuyo proceso ejecutivo es susceptible de fraccionamiento, no se entra a considerar dónde se estima consumado el delito, por tanto el Estado venezolano sería competente para conocer de ese hecho, independientemente de que se haya consumado o no en Venezuela.

Si se desconoce el lugar de consumación del delito, o el de la realización del último acto dirigido a su comisión, o aquél donde haya cesado la continuidad o permanencia, deberá acatarse el orden de prelación que para el conocimiento de la causa prevé el art. 59, es decir, sería competente el tribunal:

1. Que ejerza la jurisdicción en el lugar donde se encuentren elementos que sirvan para la investigación del hecho y la identificación del autor;
2. De la residencia del primer investigado o investigada;
3. Que reciba la primera solicitud del Ministerio Público para fines de investigación.

3 En la reforma del CP de 2005 se sustituyó la expresión "territorio" por "espacio geográfico"

1.2. Excepciones al principio de la territorialidad

a) *Delitos conexos.* En este caso, no obstante que los delitos pueden haberse cometido en distintos territorios y por tanto varios tribunales son competentes, a fin de mantener el principio de unidad procesal, sólo uno podrá juzgar los diversos hechos cometidos.

b) *Radicación del juicio.* Puede la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, a solicitud de cualquiera de las partes, ordenar que el juicio se radique en un Circuito Judicial Penal de otra Circunscripción Judicial distinta a aquella en que se perpetró el hecho, en los casos de delitos graves, cuya perpetración cause alarma, sensación o escándalo público, o cuando por recusación, inhibición o excusa de los jueces o juezas titulares y de sus suplentes y conjueces respectivos, el proceso se paralice indefinidamente, después de presentada la acusación por el o la fiscal.

La radicación de un juicio *"consiste en quitar el conocimiento del mismo al tribunal que le corresponde, de acuerdo con el principio del 'forum delicti comissi', previsto en el artículo 57[4] del Código Orgánico Procesal Penal, para atribuirlo a otro tribunal de igual categoría pero de otro circuito judicial penal"* (Vid. caso: ELEAZAR ECHEZURÍA, 13 de mayo de 2003, Sala de Casación Penal).

Constituye jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Penal que son dos los supuestos que hacen procedente la radicación de un juicio: a) Que se trate de delitos graves, cuya perpetración cause alarma, sensación o escándalo público y; b) Que la causa se haya paralizado indefinidamente después de presentada la acusación fiscal, por recusación, inhibición o excusa de los jueces titulares y de sus suplentes y de los conjueces, respectivos.

a) Delito grave, cuya perpetración cause alarma, sensación o escándalo público

En lo que atañe a la primera de las hipótesis, exige la norma, a su vez, la concurrencia de dos extremos: la gravedad del hecho, y que la perpetración del mismo cause alarma, sensación o escándalo público. Respecto de la primera exigencia, ha establecido la Sala Penal, que la gravedad del hecho *"por sí sola no es suficiente para la radicación del proceso"* (fallo N° 254 del 2 de marzo de 2000).

El segundo extremo depende del primero, es decir, afirmada la gravedad del delito (elemento objetivo), su perpetración motiva una situación de alarma o escándalo (elemento subjetivo), esto significa que es el hecho punible presuntamente cometido y no las circunstancias particulares de las partes o de los órganos del sistema de justicia llamados a intervenir en la causa, lo que genera conmoción o escándalo.

Sobre las exigencias que debe revestir el hecho que motiva la solicitud de radicación, ha decidido la Sala de Casación Penal (fallo N° 580 del 13 de diciembre de 2002):

4 Actualmente art. 58

> *"En nuestro sistema jurídico para que proceda la radicación de un juicio deben darse las circunstancias siguientes: a) Que se trate de delitos graves, cuya perpetración cause alarma, sensación o escándalo público y; b) Que la causa se haya paralizado indefinidamente después de presentada la acusación fiscal, por recusación, inhibición o excusa de los jueces titulares y de sus suplentes y de los conjueces, respectivos.*
>
> *La Defensa afirmó que en el presente caso se cumple el primero de los referidos supuestos, sin embargo, no solicitó la radicación del juicio porque el delito cometido (transporte ilícito de substancias estupefacientes y psicotrópicas) haya causado alarma, sensación o escándalo público, sino por la alarma que causó en el Circuito Judicial Penal del Estado Vargas la actitud asumida por la hermana del ciudadano acusado después de pronunciada la sentencia condenatoria.*
>
> *La alarma, sensación o escándalo público referida en el artículo 63*[5] *Código Orgánico Procesal Penal, debe ser generada por la perpetración del hecho punible imputado al ciudadano acusado y no por incidentes como el que refiere la Defensa y mucho menos cuando han sido provocados por los familiares del mismo, pues ello implicaría dejar a su arbitrio la manipulación de la noticia para así lograr la eventual publicidad del hecho y formar el escándalo o la alarma que se requiere para acordar la radicación".* (Resaltado y subrayado nuestro)

Sobre este punto es pertinente traer a colación lo declarado por esa Sala en el fallo N° 254 del año 2000, precedentemente citado, oportunidad en la que estableció:

> "Los recortes de prensa cursantes en autos, no revelan las circunstancias de sensación, alarma o escándalo público, requeridas para la radicación de un juicio, pues, si bien es cierto, que la prensa regional ha destacado la información relacionada con los hechos que han dado origen al juicio, ello se explica por la condición de Alcalde del acusador, más tales circunstancias, no han alterado en modo alguno el normal desenvolvimiento del proceso, el cual se encontraba en estado de promoción de pruebas y sólo se ha suspendido con ocasión de la solicitud misma de radicación planteada" (subrayado nuestro).

Por otra parte, la sola reseña de la información en medios audiovisuales, impresos, radiales y digitales, no es demostrativo, de las circunstancias de sensación, alarma o escándalo público, requeridas para la radicación de un juicio. En este sentido, la misma Sala Penal en el fallo N° 0256 del 06 de abril de 2001 asentó:

> "El hecho de que en la prensa local aparezca información acerca del hecho ocurrido el 23 de diciembre del año 2000, no convierte "ipso facto" el proceso seguido contra los ciudadanos (…), en un juicio que cause conmoción, alarma o escándalo público. La comisión de todo delito, en principio, tiene ribetes de escándalo porque es una acción que da para pensar mal de otro e implica un desenfreno, mal ejemplo, o un asombro, pasmo, o admiración y un hecho reprensible porque ocasiona daño a otros: y en todo esto puede consistir el escándalo.
>
> Así que no es en el escándalo en sí en lo que se finca la radicación, sino en el escándalo entendido como causa de alarma o inquietud o susto por un peligro, o como causa de sensación o emoción causado por un hecho. Además aquella alarma debe

5 Actualmente art. 64

> abarcar también la que pueda oprimir y angustiar a los imputados, si es que se dan en realidad las condiciones en las cuales vea peligrar sin duda la recta apreciación de los hechos y la justicia del consiguiente fallo. Mas en este caso no ha habido las situaciones que hagan temer con propiedad que tal ocurrirá: es natural que los medios (periódicos, radio y televisión) hagan un hecho noticioso de los acontecimientos que puedan serlo y máxime si son delictuosos (…) *[Si tal cobertura fuera causa de radicación, el mapa jurídico y geográfico del país se vería trastornado por un inacabable ir y venir de juicios radicados por semejante causa. Si por razones de esta índole se radicaran juicios, puede aseverarse que pocos juicios reposarían en su congruo lugar"]*
>
> La Sala considera justísimo el instituto de la radicación y hasta deplora que no se hubiera consagrado desde un primer momento en la legislación procesal penal venezolana; pero de allí a concederla con laxitud, debe haber una gran distancia (subrayado de la Sala. Bastardillas y negrillas nuestras).

En el mismo fallo sostuvo la Sala que el presupuesto de la sensación, alarma o escándalo público a que se refiere el Código Orgánico Procesal Penal, no puede ser generado por las declaraciones que concedan voluntariamente las víctimas o los familiares de los imputados, "pues ello implicaría dejar a su arbitrio la manipulación de la noticia, para así lograr la eventual publicidad del hecho y lograr la sensación de escándalo o alarma que se requiere para acordar la radicación".

En el mismo sentido, en el fallo N° 482 del 24 de octubre de 2002 la Sala Penal agregó:

> "Es jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Penal que l*a alarma o escándalo público debe ser tal, que influya injustamente en el proceso valorativo del juez al dictar su fallo*. No obstante, del escrito presentado por el solicitante y de las notas periodísticas, no se observa que existan juicios previos de valor por parte de los jueces y fiscales vinculados al proceso y que hicieran presumir una parcialidad de los mismos.
>
> La circunstancia de que en la prensa nacional o local aparezca abundante información sobre el hecho investigado, no lo convierte "ipso facto" en un juicio que cause el grado de conmoción, alarma o escándalo público que debe dar lugar a la radicación. Ya que la comisión de todo delito, en principio, causa escándalo porque es una acción que da para pensar mal de otro e implica un desenfreno, mal ejemplo, o un asombro, pasmo, o admiración y un hecho reprensible porque ocasiona daño a otros: y en todo esto puede consistir el escándalo.
>
> No es en el escándalo en sí en lo que se finca la radicación, sino en el escándalo entendido como causa de alarma o inquietud o temor por un peligro, o como causa de sensación o emoción causado por un hecho. Además aquella alarma debe abarcar también la que pueda oprimir y angustiar al imputado, si es que se dan en realidad las condiciones en las cuales se vea peligrar sin duda la recta apreciación de los hechos y la Justicia del consiguiente fallo" (subrayado nuestro).

Y en sentencia N° 256 de fecha 16 de junio de 2005 (ratificada mediante fallo N° 673 del 30 de noviembre de 2005), reiteró:

> "Las reseñas periodísticas publicadas en los diarios, son producto de la dinámica informativa que no reflejan ninguna circunstancia que pueda interrumpir el curso normal del proceso o que logre desequilibrar la administración de justicia, sino que dichas notas periodísticas sólo reflejan el ejercicio propio del derecho constitucional de la libertad de expresión establecido en el artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela."

b) Paralización indefinida del proceso después de presentada la acusación fiscal

El otro supuesto que hace procedente la radicación es la paralización indefinida del proceso después de presentada la acusación por el Fiscal, en razón de la recusación, inhibición o excusa de los jueces titulares y de sus suplentes y conjueces respectivos.

De la evolución jurisprudencia de la figura de la radicación puede evidenciarse que en criterio del Máximo Tribunal son taxativos los supuestos que la motivan; lo que implica que en tanto excepción al principio del forum delicti comissi, la radicación tiene como objetivo garantizar al acusado un proceso justo, es decir, se trata de una institución básicamente consagrada a favor del acusado y por tanto la posible desconfianza en los operadores de justicia no da lugar a la aplicación de esta excepción al principio de competencia territorial. En relación con tales causales de incompetencia subjetiva la ley garantiza a las partes el ejercicio de los recursos respectivos.

1.3. Extraterritorialidad

En las causas por delitos cometidos fuera del territorio de la República, cuando el proceso pueda o deba seguirse en Venezuela, esto es, se trate de alguno de los supuestos del art. 4 del CP (extraterritorialidad) será competente para conocer del hecho, si no existe tribunal designado expresamente por ley especial, el que ejerza la jurisdicción en el lugar donde esté situada la última residencia del imputado; y, si éste no ha residido en la República, será competente el del lugar donde arribe o se encuentre para el momento de solicitarse el enjuiciamiento.

Aun cuando el imputado no se encuentre en el territorio de la República, el Ministerio Público, por medio de los órganos de policía de investigaciones, deberá realizar la actividad necesaria para la adquisición y conservación de los elementos de convicción.

El juez que se considerare incompetente por razón del territorio, deberá declararlo y remitir lo actuado al tribunal que lo sea conforme a lo dispuestos en el art. 58 y ss. del COPP. Tal declaratoria de incompetencia no acarrea la nulidad de los actos procesales que se hayan realizado antes de que ésta haya sido pronunciada.

2. Competencia material

El COPP asigna a los jueces de primera instancia las funciones de control, juicio y ejecución de sentencias. Con base en esa distribución de funciones se advierte:

2.1. Al *tribunal municipal en funciones de control* corresponde conocer de los delitos de acción pública, cuyas penas en su límite máximo no excedan de ocho años de privación de libertad, salvo que se trate de causas por los delitos de homicidio intencional, violación, delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes, secuestro, corrupción, delitos contra el patrimonio público y la administración pública, tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra. Estos últimos delitos, indistintamente de la pena que tengan asignada serán del conocimiento de los *tribunales de primera instancia estadal en funciones de control*, al igual que aquellos cuyas pena en su límite máximo exceda de ocho años de privación de libertad.

Se contemplan como competencias comunes a los Tribunales de Primera Instancia Municipal en funciones de control y de los Tribunales de Primera Instancia Estadal en funciones de control; velar por el cumplimiento de las garantías procesales, decretar las medidas de coerción que fueren pertinentes, realizar la audiencia preliminar, la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos, y de las medidas alternativas a la prosecución del proceso. También serán competentes para conocer la acción de amparo a la libertad y seguridad personal, salvo cuando el presunto agraviante sea un tribunal de la misma instancia, caso en el cual el tribunal competente será el superior jerárquico.

2.2. Por su parte al *tribunal de juicio* corresponde conocer de la fase de juicio en las causas provenientes de los tribunales de primera instancia municipal y estadal en funciones de control, de las causas por delitos respecto de los cuales pueda proponerse la aplicación del procedimiento abreviado y de la acción de amparo cuando la naturaleza del derecho o de la garantía constitucional violado o amenazado de violación sea afín con su competencia natural, salvo que el derecho o la garantía se refiera a la libertad y seguridad personal (en este caso conoce el tribunal de control municipal o estadal, según corresponda).

2.3. El *tribunal de ejecución* debe velar por la ejecución de la pena y medidas de seguridad.

En resguardo del principio de inmediación, el COPP fija como oportunidad límite para la declaratoria de incompetencia por la materia, la fecha señalada para el inicio del debate, pues una vez iniciado este el juez no podría ser sustituido, so pena de celebrarse nuevamente el debate. El tribunal puede declarar su incompetencia de oficio, a solicitud del Ministerio Público o del imputado.

A diferencia de la declaratoria de incompetencia por el territorio, los actos procesales efectuados ante un tribunal incompetente en razón de la materia son nulos, salvo los irrepetibles.

3. Competencia personal

Son dos los motivos que pueden dar lugar a que el juzgamiento de una persona se ventile ante tribunales especiales:

3.1. La condición de alto funcionario

Según lo establecido en el art. 266 de la Constitución, es atribución del Tribunal Supremo de Justicia declarar si hay o no méritos para el enjuiciamiento del Presidente o Presidenta de la República o de quien haga sus veces (Num. 2) y del Vicepresidente o Vicepresidenta de la República, de los o las Integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales y oficialas generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República (Num. 3). En estos casos el Tribunal Supremo de Justicia debe conocer de la causa hasta sentencia definitiva

El ejercicio de un alto cargo público, puede motivar que el imputado sea juzgado por el Tribunal Supremo de Justicia, como es el caso del Presidente de la República en todos los supuestos (el Tribunal Supremo de Justicia es el tribunal natural del Presidente). La vigente Constitución sustituyó totalmente el régimen tradicional con base en el cual el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado distintos al Presidente de la República, estaba supeditado a que se tratara de un delito político. La actual regulación no atiende al hecho cometido y los sustrae de la posibilidad de enjuiciamento por los tribunales ordinarios. No obstante, mediante sentencia No. 1684 del 4 de noviembre de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sostiene un criterio distinto al interpretar el numeral 3 del art. 266 de la Constitución.

El procedimiento para el enjuiciamiento de estos altos funcionarios es objeto de un tratamiento especial en el Libro Tercero del COPP y será objeto de consideración más adelante.

3.2. Minoría de edad

La LOPNNA[6], texto legal promulgado el 2 de octubre de 1998 vigente el 1º de abril del año 2000, reformada el 10 de diciembre de 2007 y posteriormente el 8 de junio de 2015, atribuye a una *jurisdicción especializada* el conocimiento y sanción por

6 Art. 528 y ss.

los hechos punibles en que hubiere incurrido el adolescente, esto es, aquél con doce o más años de edad y menos de dieciocho.

Si bien el procedimiento para determinar la responsabilidad penal del adolescente se inspira en el modelo del COPP, se prevé la creación de una *Sección de Adolescentes* de los tribunales penales ordinarios, razón por la cual no se trata de una jurisdicción especial sino de tribunales especializados.

4. Competencia por conexión

A tenor de lo establecido en el art. 73, se consideran delitos conexos:

1. Aquellos en cuya comisión han participado dos o más personas cuando el conocimiento de las respectivas causas corresponda a diversos tribunales; los cometidos por varias personas, en tiempos o lugares diversos, si han procedido de concierto para ello, o cuando se hayan cometido con daño recíproco de varias personas;
2. Los cometidos como medio para perpetrar otro; para facilitar su ejecución, para asegurar al autor o a un tercero el pago, beneficio, producto, precio ofrecido o cualquiera otra utilidad;
3. Los perpetrados para procurar la impunidad de otro delito;
4. Los diversos delitos imputados a una misma persona;
5. Aquellos en que la prueba de un delito, o de alguna circunstancia relevante para su calificación, influya sobre la prueba de otro delito o de alguna de sus circunstancias.

Dado que todos los tribunales involucrados son competentes para el conocimiento de los delitos cometidos en sus respectivos territorios, y por regla general no es posible que al imputado se sigan al mismo tiempo diversos procesos aunque haya cometido diferentes delitos o faltas (principio de unidad procesal), la ley debe fijar pautas precisas para atribuir el conocimiento de los delitos conexos a sólo uno de ellos. En este sentido, se establece un orden de prelación para la determinación del tribunal competente, declarándose la competencia, en primer lugar, de aquel en cuyo territorio se haya cometido el delito que merezca mayor pena; si los hechos merecieren la misma pena, será competente el que debe intervenir para juzgar al que se cometió primero. En este último caso, la prevención debe determinarse por el primer acto de procedimiento que se realice ante un tribunal.

El principio de unidad procesal que impide el desarrollo de diferentes procesos por un solo delito o falta, aunque los imputados sean diversos, o seguir al mismo tiempo, contra un imputado, diversos procesos aunque haya cometido diferentes delitos o faltas tiene cinco excepciones (art. 77 COPP), que permiten la separación de las causas que se hubieren acumulado, a saber:

1. Cuando alguna o algunas de las imputaciones que se han formulado contra el imputado o imputada, o contra alguno o algunos de los imputados o

imputadas por el mismo delito, sea posible decidirlas con prontitud en vista de las circunstancias del caso, mientras que la decisión de las otras imputaciones acumuladas requiera diligencias especiales;
2. Cuando respecto de algunas de las causas acumuladas se decida la suspensión condicional del proceso.
3. Cuando se aplique a alguno de los imputados o imputadas el supuesto especial establecido en el art. 40 (informante)
4. Cuando exista pluralidad de imputados o imputadas, y la audiencia se haya diferido por inasistencia de alguno de ellos o ellas.
5. Cuando se trate de delitos contra las personas que causen conmoción por su grado de crueldad, y la pena aplicable a una de las causas sea de treinta años de prisión.

El COPP en su art. 78 declara la preferencia de la jurisdicción penal ordinaria (fuero de atracción) sobre la especial en caso de delitos conexos. En el mismo sentido, si a una persona se le atribuye la comisión de delitos de acción pública y de acción de instancia de parte agraviada, el conocimiento de la causa corresponde al juez competente para el juzgamiento del delito de acción pública y deben seguirse las reglas del procedimiento ordinario.

5. Modo de dirimir la competencia

En resguardo del principio del juez natural, se establecen en los sistemas diversos mecanismos para dilucidar los problemas de competencia que puedan presentarse entre distintos tribunales.

En el caso venezolano, a raíz de la reforma del CPC que sustituyó las normas aplicables para la resolución de los conflictos de competencia por las relativas a la "regulación de la jurisdicción y de la competencia" (art. 62 al 76), la Sala de Casación Penal de la entonces Corte Suprema de Justicia, en fecha 25 de septiembre de 1987, dictó un acuerdo con fuerza obligatoria, para resolver los conflictos de competencia en la jurisdicción penal.

Con base en el citado acuerdo, siempre que se planteare un asunto de competencia, independientemente de que los tribunales involucrados estuvieren de acuerdo o no en cuanto al tribunal competente, debía suspenderse el proceso, por considerarse que había un "conflicto" y este debía ser resuelto por el tribunal superior común a los tribunales intervinientes. En caso de no existir superior común debía resolver la Corte Suprema de Justicia.

La situación antes descrita es radicalmente opuesta a la prevista en el COPP para la resolución de los problemas de competencia[7]. En efecto, con base en las previsiones

7 Este nuevo régimen para la resolución de los conflictos de competencia adoptado por el COPP promulgado en 1998, dio lugar a que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 10 de marzo de 1999 dictara un nuevo Acuerdo que deregó al del año 1987 con el que, podría afirmarse, se dio vigencia anticipada a las previsiones de los equivalentes a los actuales artículos 80 al 87 del COPP, pues el Acuerdo en cuestión prácticamente reprodujo las normas citadas.

de este instrumento legal, cuando un tribunal se considere incompetente para conocer de un asunto y decline el conocimiento en otro que se considere competente; o uno que se estime competente requiera a otro que también está conociendo del asunto, la remisión de las actuaciones respectivas y este las remite, no se plantea conflicto alguno; en consecuencia no hay lugar a la intervención de una instancia superior y, por lo tanto, las partes pueden, en la oportunidad correspondiente, oponer como excepción la incompetencia del tribunal.

Se estima que hay conflicto, cuando el tribunal en el cual se hace la declinatoria se considera a su vez incompetente *(conflicto de no conocer),* o cuando el tribunal requerido también afirma su *competencia (conflicto de conocer)*. En estos casos debe suspenderse el proceso, siendo nulo cualquier acto realizado en contra de esta regla, y el conflicto debe ser resuelto por un tribunal superior común o, en caso de no existir, por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Penal.

Según lo previsto en el art. 84, el tribunal ante el cual se haya declinado el conocimiento de un asunto o hubiere sido requerido para ello deberá pronunciarse sobre su competencia, dentro de los dos días siguientes a la solicitud respectiva. En tanto que la instancia a quien corresponda dirimir la competencia debe pronunciarse dentro de las veinticuatro horas siguientes al recibo de las actuaciones de los tribunales en conflicto, con preferencia a cualquier otro asunto.

Si bien las partes pueden presentar a los tribunales en conflicto, escritos, documentos y datos que consideren conducentes para apoyar las diferentes posiciones en cuanto a la competencia, la instancia superior debe atenerse únicamente a lo que resulte de las actuaciones remitidas por los tribunales, salvo que falte algún dato indispensable para decidir, en cuyo caso podrá pedir se le remita dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Resuelto el conflicto y comunicada la decisión a los tribunales involucrados, el declarado competente debe notificar inmediatamente a las partes la continuación de la causa.

Una vez que la instancia superior haya resuelto el conflicto, las partes no podrán oponer como excepción la competencia del tribunal por los mismos motivos que fueron objeto de la decisión.

6. Competencia subjetiva

Como mecanismos para preservar la imparcialidad de los funcionarios judiciales que deben intervenir en un proceso, se establecen las figuras de la *recusación* y la *inhibición.*

Mediante la recusación, las partes solicitan a un funcionario se separe o aparte del proceso. En la inhibición, o excusación como se le denomina en otros sistemas, el funcionario voluntariamente se separa la actividad que ejerce.

Se advierte la diferencia, entre el régimen de la recusación e inhibición en el CEC y en el COPP, en el elenco de legitimados activos para recusar. Según el art. 32 del CEC también podía recusar el reclamante civil; dado que el COPP excluye al reclamante civil del proceso penal, al regular el procedimiento para la reparación del daño y la indemnización de perjuicios una vez firme la sentencia penal, es lógico que el reclamante civil, por no ser parte en el proceso penal, no pueda recusar.

6.1 Sistemas

En cuanto a las causales se advierten a nivel de derecho comparado tres sistemas o modalidades:

a. Sistema de *numerus clausus* o cerrado, con base al cual sólo se puede recusar por los motivos taxativamente fijados en la ley. Es este el régimen que adoptaba el CEC.

b. Sistema abierto, en el que suele incluirse una causal fundada en el temor o riesgo de parcialidad.

c. Sistema mixto, en el que se incluye una enumeración enunciativa que abarca los casos más comunes, a saber, parentesco, interés, enemistad o amistad íntima; y una cláusula que permite la alegación de cualquier otra circunstancia fundada en motivos graves que pueda comprometer la imparcialidad del funcionario. Este es el sistema que acoge el COPP en su art. 89[8].

Dentro de ese elenco de causales destaca la enunciada en el numeral 6 en razón de las graves consecuencias que puede generar su declaratoria con lugar, pues en estos casos, el tribunal que la acuerde debe remitir lo pertinente al órgano disciplinario correspondiente, a los fines de que se abra el proceso de destitución del recusado. La regulación de esta causal de recusación está relacionada con el cumplimiento del principio de defensa e igualdad previsto en el art. 12 del COPP.

8 Los jueces y juezas profesionales, los o las fiscales del Ministerio Público, secretarios o secretarias, expertos o expertas e intérpretes, y cualesquiera otros funcionarios o funcionarias del Poder Judicial, pueden ser recusados o recusadas por las causales siguientes: 1. Por el parentesco de consanguinidad o de afinidad dentro del cuarto y segundo grado respectivamente, con cualquiera de las partes o con el o la representante de alguna de ellas. 2. Por el parentesco de afinidad del recusado o recusada con el o la cónyuge de cualquiera de las partes, hasta el segundo grado inclusive, caso de vivir el o la cónyuge que lo cause, si no está divorciado o divorciada, o caso de haber hijos o hijas de él o ella con la parte aunque se encuentre divorciado o divorciada, o se haya muerto. 3. Por ser o haber sido el recusado padre adoptante o hijo adoptivo o hija adoptiva de alguna de las partes. 4. Por tener con cualquiera de las partes amistad o enemistad manifiesta. 5. Por tener el recusado, su cónyuge o alguno de sus afines o parientes consanguíneos, dentro de los grados requeridos, interés directo en los resultados del proceso. 6. Por haber mantenido directa o indirectamente, sin la presencia de todas las partes, alguna clase de comunicación con cualquiera de ellas o de sus abogados o abogadas, sobre el asunto sometido a su conocimiento. 7. Por haber emitido opinión en la causa con conocimiento de ella, o haber intervenido como fiscal, defensor o defensora, experto o experta, intérprete o testigo, siempre que, en cualquiera de estos casos, el recusado se encuentre desempeñando el cargo de Juez o Jueza. 8. Cualquiera otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad.

6.2 Formalidades y procedimiento

Los funcionarios a quienes sean aplicables cualesquiera de las causales señaladas en el art. 86 deben inhibirse del conocimiento del asunto sin esperar a que se les recuse. De la misma manera deben actuar si son recusados y estiman procedente la causal invocada.

La inhibición se debe hacer constar por medio de un acta que suscriba el funcionario inhibido, quien no podrá ser compelido a seguir actuando en la causa, a menos que la inhibición haya sido declarada sin lugar.

El COPP prevé un máximo dos recusaciones en una misma instancia; entendiéndose por una recusación la que no necesite más de un término de pruebas, aunque comprenda a varios funcionarios.

El COPP, a diferencia del régimen del CEC que remitía al CPC, prevé el procedimiento a seguir para la resolución de la recusación, en consecuencia, establece que la recusación debe proponerse por escrito ante el tribunal que corresponda, hasta el día hábil anterior al fijado para el debate, salvo que se tratare del experto o intérprete, en cuyo caso debe proponerse el día de su aceptación o el siguiente, bajo pena de caducidad, sin perjuicio de las sanciones procedentes contra el funcionario que acepte el cargo a sabiendas de su impedimento.

La fijación del día hábil anterior al fijado para el inicio del debate como límite para la proposición de la recusación, es una consecuencia de que la recusación o la inhibición no detienen el curso del proceso, pues el conocimiento del asunto pasa inmediatamente, mientras se decide la incidencia, a quien deba sustituir conforme a la ley y de declararse con lugar continua conociendo el sustituto.

Esa remisión al sustituto supone que el recusado es un miembro del tribunal, de allí que consideramos que la recusación de los demás funcionarios, por no dar lugar a esa remisión, podrían proponerse inclusive durante el desarrollo del debate, no así si el recusado fuere el juez, toda vez que su separación del tribunal constituiría una lesión al principio de inmediación que daría lugar a la nueva celebración del juicio.

Debe declararse inadmisible la recusación que se intente sin expresar los motivos en que se funde, y la que se propone fuera de la oportunidad legal.

Si la recusación se funda en un motivo que la haga admisible, el recusado o recusada debe informar ante el secretario en el día siguiente, salvo que se tratare del propio juez, en cuyo caso éste debe extender su informe a continuación del escrito de recusación, inmediatamente o en el día siguiente.

El funcionario a quien corresponda conocer de la incidencia se pronunciará sobre la admisión y practicará las pruebas que los interesados presenten, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que reciba las actuaciones, debiendo sentenciar al cuarto.

En función de la integración del tribunal varía el juez competente para conocer de la recusación. En efecto, según dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial[9], si el recusado es un juez que integra un tribunal unipersonal, corresponde decidir a la Corte de Apelaciones. Si se tratare de uno o más miembros de la Corte de Apelaciones, debe decidir el Presidente de ese órgano, salvo que este también sea recusado, en cuyo caso conocerá el otro juez no recusado o inhibido o uno de los otros dos jueces no recusados o inhibidos, elegidos por la suerte.

La recusación de los fiscales puede proponerse ante el Fiscal Superior o ante el Fiscal General de la República, según el caso y debe ser resuelta con base a las previsiones del COPP y la LOMP.

Conforme a lo previsto en el artículo 57 y siguientes de la LOMP, si la recusación es presentada ante el Fiscal Superior, éste la remitirá al Fiscal General de la República, dentro de un lapso no mayor de doce horas. El Fiscal General de la República conocerá de la recusación salvo que estuviere a su vez impedido por alguna causa, en cuyo caso, convocará al suplente respectivo para que conozca de ella.

El Fiscal General de la República, declarará improcedente la recusación y concluido el procedimiento, si no está fundamentado en alguna o algunas de las causales de recusación. Igualmente declarará concluido el procedimiento si el fiscal manifiesta su inhibición después de haber sido recusado. De no hacerlo, se abrirá una articulación por tres días, para evacuar las pruebas que las partes promuevan y resolverá al cuarto día, sin conceder, en ningún caso, termino de la distancia.

El Fiscal General de la República resolverá sin esperar el vencimiento del término de la articulación, cuando la incidencia pueda resolverse con las pruebas ya producidas o cuando las partes renuncien al derecho de promover otras.

El fiscal recusado podrá exponer por escrito o diligencia las razones de hecho y de derecho que tenga para impugnarla y lo comunicará al Fiscal General de la República, sin perjuicio de la continuación del procedimiento. El Fiscal General de la República designará de inmediato a otro fiscal de la Circunscripción.

El proceso penal no se paralizará por recusaciones ni inhibiciones y seguirá su curso con la intervención de otro fiscal, que al efecto haya designado el Fiscal General de la República o del suplente que convocará el funcionario impedido, sin perjuicio de que si hubiere demora lo haga el juez de la causa.

No podrán formularse acusación mientras esté pendiente la decisión de la incidencia de recusación; no obstante, vencido el plazo para la decisión de la incidencia sin que ésta se haya producido, la causa seguirá su curso y el fiscal convocado formulará la acusación.

9 Ver arts. 47 y 48.

En caso de que el inhibido o recusado sea el secretario del tribunal, el juez debe nombrar un sustituto en el mismo día o en el siguiente. De igual forma ha de proceder cuando se trate de otros funcionarios judiciales.

Si el recusado fuere uno de los expertos, expertas o intérpretes designados, el juez debe hacer nuevo nombramiento inmediatamente.

Declarada con lugar la inhibición o de recusación las partes no podrán allanar al inhibido o al recusado. El allanamiento equivale a que la parte a quien afecte el impedimento del funcionario, la causal que compromete su imparcialidad o el hecho causante de la parcialidad, manifieste su voluntad para que éste continúe conociendo[10].

7. Jurisdicción penal internacional

Los juicios seguidos ante los Tribunales de Nüremberg y Tokio constituyeron el inicio de la aplicación del principio de responsabilidad penal individual por tales actos. Es a partir de la constitución del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, así como de la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional que se establecen las bases de un sistema penal internacional con órganos jurisdiccionales encargados de investigar y determinar la responsabilidad penal individual por la comisión de graves crímenes contra los derechos humanos. Las características de estos tribunales son las siguientes:

a. Son tribunales con competencia para determinar la responsabilidad penal de las personas sometidas a su jurisdicción, imponiendo las penas privativas de libertad respectivas, tomando en cuenta la gravedad de la infracción y la situación personal del acusado.

b. Son tribunales independientes.

c. Son tribunales colegiados.

Venezuela es el Undécimo país en el mundo y el primero en Iberoamérica en ratificar el Estatuto de Roma su incorporación al Derecho Interno se verifica con la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma (G.O N° 5507 del 13-12-00). Con anterioridad al Estatuto sólo se establecía a nivel constitucional el principio de imprescriptibilidad de la acción para enjuiciar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los Derechos Humanos y los crímenes de guerra (art. 29 C. R año 1999)[11] y la declaratoria (Art. 261) de que las violaciones de Derechos Humanos y crímenes de lesa humanidad serán juzgados por los tribunales ordinarios y no por la jurisdicción militar (esta sólo conoce de delitos de naturaleza militar).

10 PUPPIO, Vicente (2006). *Teoría General del Proceso*. Séptima Edición Revisada y Ampliada. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. p. 245.

11 Este artículo fue interpretado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2002.

En el aspecto procesal gran parte de los principios de procedimiento y prueba contemplados en el Estatuto fueron también plasmados en el COPP vigente de manera plena a partir de 1° de julio de 1999. Por su parte el Código Penal en su reforma del 20 de octubre de 2000 tipificó el delito de desaparición forzada de personas (art. 180-A), y adecuó el delito de tortura (art. 181), los cuales están contemplados dentro del catálogo de delitos de lesa humanidad según el Estatuto; la LOPNNA, tipificó el delito de tortura (cuando el sujeto pasivo es un niño o un adolescente). Y el 22 de julio del año 2013 se apureba la Ley Especial para Prevenir y Sancionar la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes

ACTOS PROCESALES Y ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA

VII

1. Definición

Según BAUMANN[1] los actos procesales son aquellos que forman, dentro de lo procesalmente admitido, la relación jurídica concreta. CLARIA OLMEDO[2] sostiene que esos actos consisten en expresiones de voluntad o conocimiento de aquellos sujetos a cuya realización se le acuerda efectos en orden a la iniciación, desarrollo y finalización del proceso.

Para SCHMIDT[3], el proceso se compone de actos de las partes, en particular de los sujetos procesales que impulsan su desenvolvimiento de situación en situación, con miras a posibilitar la obtención de la sentencia y que, por su vinculación con ésta, se reducen a una unidad lógica. Refiriendo a ROSENBERG (Ob. Cit.), indica que la función de los actos procesales es, sin embargo, la de formar las situaciones procesales, es decir, la de "constituir, modificar o extinguir expectativas, posibilidades o cargas procesales, o de dispensar de cargas procesales".

PUPPIO[4], por su parte, indica que los actos procesales son actuaciones que tienen relevancia procesal y se realizan dentro del proceso desde su inicio; son ejecutados en forma concatenada hasta la conclusión del juicio mediante sentencia firme, transacción u otro medio de autocomposición procesal. Este mismo autor refiere a CHIOVENDA, quien define el acto procesal como aquel que tiene por consecuencia inmediata la constitución, la conservación, el desenvolvimiento, la modificación o la definición de una relación procesal[5].

En líneas generales, los actos procesales contienen declaraciones de voluntad de los sujetos vinculados por una relación jurídica procesal que es el sitio y fuente de todos sus derechos y deberes. Tales actos deben reunir, a los efectos de su validez, unos requisitos externos e internos. La exigencia interna viene dada por la capacidad procesal, vale

1 BAUMANN, Jürgen (89). *Derecho Procesal Penal*. Conceptos fundamentales y principios procesales. Edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina.

2 Cit. por CAFFERATA NORES, José (2003), en: Código Procesal Penal de la Provincia de Córdova Comentado, Tomo I Editorial Mediterránea, Argentina. p. 367.

3 SCHMIDT, Eberhard (2006). Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal, Segunda edición, Traducción castellana del Dr. José Manuel Nuñez, Lerner Editora SRL, Córdoba, Argentina, p. 121

4 PUPPIO, Vicente (2006). *Teoría General del Proceso*. Séptima Edición Revisada y Ampliada. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. p. 335.

5 Ídem.

decir, la aptitud para ejercer derechos y obligaciones, en tanto que las exigencias externas están referidas a los extremos establecidos por la ley para su realización. En este sentido indica TORRES[6], que el acto procesal, como especie dentro del género acto jurídico[7], debe adecuar su cumplimiento a determinados requisitos, ya que de lo contrario, su accionar sería ilegal y por ello deberá ser apartado del proceso.

2. Clasificación de los actos procesales

Son muchas las clasificaciones propuestas por la doctrina, entre ellas destacan:

1. Según el sujeto procesal que actúa, los actos procesales pueden ser:
   1.1. Judiciales. Los actos procesales del tribunal pueden tener una doble finalidad: dirigir el proceso y sentenciar. Entre los primeros tienen particular importancia las decisiones, las cuales conforme a lo dispuesto en el artículo 157 del COPP, se dictan mediante la forma de auto o sentencia.
   1.2. No judiciales.
   1.3. Provenientes de las autoridades de persecución penal (Ministerio Público y órganos de policía).
   1.4. Provenientes de personas privadas, tal es el caso del imputado y la víctima.
2. Según su significación para el proceso puede distinguirse entre actos portadores de los poderes procesales (actos de decisión, de persecución y de defensa importantes para la preparación y el desarrollo del proceso) y actos procesales secundarios (no activan propiamente el proceso, no conducen a una nueva fase procesal).
3. Actos de profesionales y legos.
4. Actos de acción u omisión.
5. Actos procesales de una sola acción y actos de duración prolongada.

3. Principios generales

1. *Forma:* Estas exigencias aplican fundamentalmente para los actos portadores de poderes procesales.
   1.1. Escritura (actos de parte y del tribunal).
   1.2. Oralidad en los actos procesales del debate.
   1.3. Idioma.
   1.4. Publicidad (del debate oral, salvo las excepciones establecidas en la ley) y reserva (de las actuaciones propias de las fases preparatoria e intermedia).

6 TORRES, Sergio Gabriel (2003). *Nulidades en el Proceso Penal*. 4ª Edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires. Argentina. p. 28.

7 Que por lo tanto requiere la voluntad de quien lo realiza.

De las citadas exigencias destaca la importancia de la escritura para los actos del tribunal y particularmente la obligatoriedad de la firma, dado que la ausencia de esta por parte del juez y el secretario del tribunal conduce, según lo dispuesto en el artículo 158 del COPP, a la nulidad de la decisión. A tales efectos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el fallo N° 16 del 15 de febrero de 2005, en la oportunidad del referirse al contenido del entonces artículo 174 reiteró que "dicho artículo establece la obligatoriedad de la firma de las decisiones por los funcionarios que conforman el Tribunal, Juez y Secretario, para que éstas tengan validez, es decir, para que exista en el mundo jurídico una decisión de un Juzgado que es expedida por un Juez, éste debe firmarla, por cuanto él es la persona que está investida de autoridad para la administración de justicia y su firma es la que da la certeza jurídica de que ese acto decisorio se dictó." En esa oportunidad consideró la Sala "de suma gravedad" que la mayoría de las actuaciones que se encontraban en el expediente, carecían de las firmas de los funcionarios actuantes y competentes, "con lo cual no se garantizó la seguridad jurídica, el acceso a la justicia, una tutela judicial efectiva y el debido proceso para los imputados de autos".

2. *Tiempo*: Reglas temporales que operan como límite para la realización de los actos procesales. Sobre esté particular, indica PUPPIO[8], es menester distinguir, por una parte, el concepto de días y horas hábiles y, por otra, las nociones de lapso y término, entendido el lapso como el margen de tiempo o período dentro del cual puede realizarse el acto y el término como la fecha en que debe realizarse el acto. (Ejm. Interposición de recursos, horario en el cual se puede recibir la declaración del imputado.) A tales efectos debe advertirse que por disposición expresa del Código adjetivo[9] para el conocimiento de los asuntos penales en la fase preparatoria, todos los días son hábiles, en tanto que en las fases intermedia y del juicio oral no se computarán los sábados, domingos y días que sean feriados conforme a la ley, y aquellos en los que el tribunal resuelva no despachar.

En este sentido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 2560 del 5 de agosto de 2005 estableció que la literalidad del artículo 172 del COPP (actual 156) debe entenderse en función del propósito de la fase preparatoria, cual es la realización de diligencias, y que por lo tanto

> la habilitación legal permanente a fin de la realización de los actos de investigación está destinada a los que ejecuta el Ministerio Público, no a los cumplidos por el Juez de Control, el cual, conforme al artículo 281[10] del Código Orgánico Procesal Penal, controla la legalidad y la constitucionalidad del desempeño fiscal durante la investigación, tomando decisiones a ese fin. En síntesis, la situación de habilitación legal permanente para realizar actos de investigación durante la fase preparatoria del procedimiento penal, es inaplicable en sede judicial en lo atinente al ejercicio de los

8 PUPPIO, Ob. cit p. 350.
9 Artículo 156.
10 Actual 264.

recursos, al resultar contradictoria con la función que según el Código Orgánico Procesal Penal cumple el Juez de Control en esta fase del proceso.

La impugnación por la inconformidad de una de las partes respecto de una decisión del Tribunal de Control no es un acto de investigación, ni una diligencia destinada a recolectar elementos de convicción. Por este motivo, si la actuación judicial no se inserta en los propósitos investigativos que caracteriza a la fase preparatoria, los lapsos que transcurren no sólo ante el Tribunal de Control, sino también ante la Corte de Apelaciones cuando esta conoce de un recurso en dicha fase preparatoria, no pueden contarse por días continuos o calendarios, ya que, en esencia, la actuación del Tribunal de Control está destinada a establecer la juridicidad de la actuación del Fiscal del Ministerio Público.

Bajo este orden de ideas, considera esta Sala que el lapso de cinco días para interponer el recurso de apelación, en la fase preparatoria del proceso penal, debe ser computado por días hábiles, esto es, aquellos en los cuales el tribunal disponga despachar, y por ende, la partes tengan acceso al tribunal, al expediente y al proceso.

3. *Lugar*: Esta exigencia esta referida a la intervención del tribunal competente territorialmente y a la regla de que los actos se realicen en la sede física del Tribunal; no obstante este principio tiene excepciones, en el primer caso, considerada la posibilidad de radicación del juicio en un circuito judicial distinto a aquel en el que se perpetró el hecho punible y, en el segundo, la realización de actos fuera de la sede del tribunal por mediar una causa que impide la comparecencia de alguno de los órganos de prueba.

4. Comunicación de los actos procesales

Establece el COPP diversas modalidades para la comunicación de los actos procesales; a saber, ciataciones y notificaciones. La diferencia entre ambas instituciones fue precisada por la Sala Constitucional en el fallo N° 2535 del 15 de octubre de 2002, oportunidad en la que declaró que las notificaciones *"tienen por objeto enterar a las partes respecto de actuaciones cumplidas o pasadas, lo cual constituye uno de los rasgos que la distinguen de las citaciones, porque éstas no vienen a ser sino convocatorias para actos procesales futuros"*.

Como principio general se prevé que las citaciones y notificaciones se realizarán mediante boleta firmada por el Juez y que las decisiones serán notificadas dentro de las veinticuatro horas después de ser dictadas.

Las resultas de las citaciones y notificaciones deben consignarse ante el tribunal respectivo, dentro de los tres días siguientes a su recepción en el servicio de alguacilazgo, a objeto que se hagan constar en autos. El incumplimiento de esta disposición es sancionable disciplinariamente.

La notificación se efectuará a los defensores en lugar de las partes, salvo que sea necesario notificar personalmente al afectado.

Los representantes de las partes deben indicar mediante diligencia el lugar donde puedan ser notificados, en caso contrario se les notificará en la sede del tribunal que esté conociendo el proceso, en cuyas puertas se colocará la boleta respectiva.

Cuando la parte se niegue a firmar, el Alguacil debe hacerlo constar en la misma boleta. En caso de ausencia se dejará la boleta en la dirección indicada por las partes.

La citación personal se debe realizar mediante boleta contentiva del lugar, fecha y hora de la citación, expedida por el tribunal y entregada a la persona o personas cuya comparencia se requiere, en su domicilio, residencia o lugar de trabajo.

Si en el lugar no se encuentra la persona a quien va dirigida la citación se entregará copia de la misma a quien allí se encuentre. En la boleta debe hacerse constar la identificación del receptor y las menciones fundamentales para la información del citado en orden a su posterior comparencia. Las resultas de este trámite deben consignarse por parte del funcionario encargado de efectuar la citación el mismo día o el día siguiente al de actuación realizada.

Las víctimas, expertos, intérpretes y testigos puede ser citados por medio de los órganos de investigación penal o por el alguacil, mediante boleta de citación librada el mismo día en que se acuerda la fecha en que se realizará el acto para el cual se requiere la comparecencia, además en caso de urgencia pueden ser citados por cualquier otro medio de comunicación interpersonal.

Cuando no se localice a la persona que debe ser citada, se encargará a los órganos de policía para que la citen en el lugar donde se encuentre. Si el funcionario tiene conocimiento de que la persona a quien se dirige la citación está ausente, debe hacer constar esta circunstancia al dorso de la boleta para que el tribunal dicte las decisiones procedentes.

Los militares en servicio activo y funcionarios policiales, deben ser citados a través del superior jerárquico respectivo, sin perjuicio de la citación personal y salvo disposición especial de la ley. En caso de urgencia pueden ser citados verbalmente por teléfono, correo electrónico, fax, telegrama o cualquier otro medio de comunicación interpersonal.

En todo caso, el resultado de las diligencias realizadas para practicar las notificaciones y citaciones se hará constar por secretaría.

5. Actividad procesal defectuosa

Como indica BINDER[11], cuando un acto no puede ser saneado o no se trata de un caso de convalidación, debe declararse la nulidad, entendiendo por esta la privación

11 Ob .cit. p. 98.

de los efectos del acto o quiebre de una secuencia necesaria de actos procesales que se presuponen.

5.1. Saneamiento

El saneamiento, en cuanto posibilita la reparación del acto irregular realizado consiste, según BINDER[12] en el restablecimiento de un principio constitucional (en sentido amplio) que ha sido lesionado por la actividad procesal defectuosa, pues sanear no equivale a restablecer una forma, sino un principio como el sistema de garantías. En tal virtud dispone el código adjetivo venezolano que el saneamiento no procede cuando el acto irregular no modifique de ninguna manera el desarrollo del proceso, ni perjudique la intervención de los interesados.

El saneamiento persigue la renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido y procede mientras se realiza el acto, dentro de los 3 días después de realizado o dentro de las 24 horas siguientes, si ha sido imposible advertir oportunamente su nulidad.

La solicitud de saneamiento debe describir el efecto, individualizar el acto viciado u omitido y proponer la solución.

La solicitud de nulidad presentada extemporáneamente o sin cumplir con las exigencias de individualización del acto irregular, derechos o garantías afectados y la solución propuesta, debe ser declarada inadmisible por el tribunal. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

5.2. Convalidación

Si bien el saneamiento supone una actuación de la parte que reclama la reparación del acto viciado, la convalidación opera –siempre que no se trate de casos de nulidad absoluta– ante la aceptación expresa o tácita de sus efectos por las partes o cuando el acto ha cumplido su finalidad. Por ello se afirma que opera la convalidación en los casos en que es posible absorber el defecto. Justamente esta característica ha llevado a BINDER[13] a sostener que si con la convalidación se concreta la absorción del perjuicio causado a los principios en razón de un interés superior, no puede cumplir función alguna en la teoría de las nulidades vinculadas al sistema de garantías, pues los casos que a veces son señalados como supuestos de convalidación, tales como el cumplimiento de las finalidades sustanciadas del acto (saneamiento automático) o los simples errores (falsa alarma, falta de perjuicio) se pueden explicar dentro de la figura del saneamiento.

Conforme a lo dispuesto en el art. 178 del COPP la convalidación sólo opera respecto de los actos anulables en tres casos:

- Cuando las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento.

12 Ob. cit. p. 98 y 99.
13 Ob. cit. p 106

- Cuando quienes tengan derecho a solicitarlo hayan aceptado expresa o tácitamente, los efectos del acto.
- Si, no obstante la irregularidad, el acto ha conseguido su finalidad.

5.3. Nulidad

Es una decisión política decidir si un acto defectuosamente realizado por no cumplir con los requisitos establecidos normativamente, será privado de validez o, sin perjuicio de la irregularidad verificada, mantendrá sus efectos; no obstante, en la actualidad, se ha superado el criterio "formalista" que considera como sinónimo de nulidad lo irregular, pues si bien el quebrantamiento de formas procesales genera un acto defectuoso, la nulidad sólo está referida a una forma procesal "esencial" y no "accidental". En tal sentido son tres las respuestas que puede generar un acto defectuosamente realizado: el saneamiento, la convalidación y, en última instancia, la nulidad, pues a decir de BINDER[14], el concepto de acto nulo queda reservado estrictamente para aquellos actos inválidos que no han podido ser reparados. La nulidad es una solución final, la última respuesta.

Rige en materia de nulidades el principio de legalidad según el cual "no hay más nulidades que las consagradas en forma expresa por la ley". Por su parte dispone el art. 174 del COPP que no podrán ser apreciados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos en contravención o con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República, salvo que el defecto haya sido subsanado o convalidado. Tales reglas son complementadas por la previsión del art. 257 Constitucional según el cual no se sacrificará la justicia por formalidades no esenciales.

Según MAIER[15], la nulidad cumple una función muy importante en la zona de las normas potestativas, comparable con la que cumple la sanción o la pena en el caso de las normas de deber, así, una corriente de opinión, derivada de la concepción de la teoría pura, ha intentado presentarla como sanción. En este sentido citando a SOLER, recuerda que este autor ha diferenciado tres clases de sanciones: las retributivas, entre las cuales se halla primordialmente la pena; las reparatorias, a las cuales pertenecen las indemnizaciones del derecho privado, y las sanciones que representan un regreso al *status quo ante,* vgr., la nulidad.

En la medida que las formas procesales constituyen garantías para el cumplimiento del principio del debido proceso, el régimen de nulidades tiene un fundamento constitucional. En efecto, como indica BINDER[16], el sistema de nulidades que

14 BINDER, Alberto (2000). *El incumplimiento de las formas procesales*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina. p. 96.
15 MAIER, Julio (80). *Función Normativa de la Nulidad*. Ediciones Depalma, Buenos Aires. p. 129.
16 BINDER. ob. cit p. 99.

protege los principios de defensa del imputado inspirado en el Código Modelo para Iberoamerica se sustenta en el principio según el cual

> no se debe construir una solución desfavorable utilizando argumentos de restauración del sistema de garantías que lo protege. Una de las manifestaciones más claras de este principio ha sido cuando se retrotrae el proceso hacia etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado, utilizando como argumento o excusa que se han violado formas previstas para protegerlo (por ejemplo, requisitos de su declaración).

El Código venezolano claramente inspirado en el citado Código Modelo acoge tal principio al declarar que bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, no se podrá retrotraer el proceso a períodos ya precluidos, salvo los casos expresamente señalados por dicho texto (art. 176 último aparte) y, que la declaración de nulidad no podrá retrotaer el proceso a etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado, salvo cuando la nulidad se funde en la violación de una garantía establecida en su favor (art. 180 primer aparte). Por su parte la Sala Constitucional del Máximo Tribunal mediante sentencia N° 3021 del 14 de octubre de 2005 declaró que el régimen de las nulidades sólo podrá ser aplicado e interpretado restrictivamente y en beneficio del imputado.

Afirma MAIER[17] que el concepto de nulidad es totalmente neutro, pues no representa de por sí ningún perjuicio o beneficio, sino una crítica a la acción llevada a cabo incorrectamente y, por ello, incapaz de producir el efecto que la norma le asigna. La nulidad, a decir de este autor, es una categoría jurídica, representantiva de la declaración de invalidez de un acto para producir ciertos efectos jurídicos y, por ende, no predica ni significa la *inexistencia* del acto (categoría perteneciente a otro mundo), como si él no se hubiera realizado. Concluye MAIER indicando que el acto defectuoso, sigue existiendo a pesar de no poducir efectos. BINDER[18] por su parte, sostiene que el concepto de inexistencia no cumple ninguna función en el proceso penal y

> menos aún si se lo pretende ultilizar para no respetar el principio de cosa juzgada en perjuicio del imputado (en caso inverso el concepto de nulidad es suficiente). Una vez que se asume que ambos son conceptos jurídicos (es decir, que no se habla de inexistencia en sentido ontológico) sólo se trata de definir un determinado nivel de privación de efectos y no se ve la necesidad de usar dos conceptos cuando la nulidad es la privación de todos los efectos. La segunda línea argumental que analiza las condiciones de invalidez (no la privación de efectos), tampoco es consecuente, salvo que se realicen juegos de palabras. Si a raíz de una sentencia a la que le faltan todas las firmas quieren llevar a alguien a la cárcel, esa sentencia es nula y no produce ningún efecto (la discusión acerca de los alcances de los efectos en otras dimensiones –vgr., para una sanción disciplinaria– es similar así se trate de actos nulos o inexistentes). Carece de sentido discutir sobre su "existencia" si alguien puede ir preso por ello.

Sobre el "contenido y alcance de la naturaleza jurídica del instituto procesal de la nulidad", la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia, de conformidad

17 Ob. cit. p. 131.
18 Ob. cit. p 109

con lo establecido en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, emitió un pronunciamiento con carácter vinculante contenido en el fallo No. 221 de fecha 4 de marzo de 2011. En esa oportunidad asentó:

En tal sentido, esta Sala en sentencia Nro: 1228 de fecha 16 de junio de 2005, caso: *"Radamés Arturo Graterol Arriechi"*, estableció el criterio que atiende al tema de la nulidad en materia procesal penal, respecto del cual, dado su contenido explicativo, estima oportuno reproducir una parte considerable del mismo, tal y como de seguida se hace:

Ahora bien, estima la Sala propicia la oportunidad a fin de fijar criterio respecto del instituto procesal de la nulidad en el proceso penal.

En tal sentido, acota la Sala, que el proceso se desenvuelve mediante las actuaciones de los distintos sujetos intervinientes en el mismo, en lo que respecta a los particulares, sea como parte o como tercero incidental. Dichas actuaciones deben realizarse bajo el cumplimiento de ciertas formas esenciales para que las mismas sean válidas, no sólo para cumplir con el esquema legal propuesto, sino para que las garantías procesales, de raíz constitucional (debido proceso, derecho de defensa), sean cumplidas.

Así, la constitución del acto para que tenga eficacia y vigencia debe estar integrado por la voluntad, el objeto, la causa y la forma, satisfaciendo los tres primeros aspectos los requisitos intrínsecos y el último los extrínsecos.

De allí que, toda actividad procesal o judicial necesita para su validez llenar una serie de exigencias que le permitan cumplir con los objetivos básicos esperados, esto es, las estrictamente formales y las que se refieren al núcleo de dicha actividad. Sin embargo, independientemente de cuáles sean los variados tipos de requisitos, ciertamente ellos dan la posibilidad de conocer cuándo se está cumpliendo con lo preceptuado por la norma, circunstancia que permite entonces conocer hasta donde se puede hablar de nulidad o validez de los actos procesales.

La teoría de las nulidades constituye uno de los temas de mayor importancia para el mundo procesal, debido a que mediante ella se establece lo relevante en la constitución, desarrollo y formalidad de los actos procesales, ésta última la más trascendente puesto que a través de ella puede garantizarse la efectividad del acto. Así, si se da un acto con vicios en aspectos sustanciales relativos al trámite –única manera de concebir el fundamento del acto- esto es, los correspondientes a la formación de la actividad, entonces nace forzosamente la nulidad.

La importancia para el proceso es que las reglas básicas sobre el cumplimiento de los actos y los actos mismos estén adecuadamente realizados, ya que el principio rector de todos los principios que debe gobernar a la justicia es el efectivo cumplimiento del debido proceso, es decir, que la idea de un juicio justo es tan importante como la propia justicia, razón por la cual las reglas, principios y razones del proceso, a la par de las formas, deben estar lo suficientemente claras y establecidas para que no quede la duda respecto de que se ha materializado un juicio con vicios en la actividad del proceso.

En síntesis, los defectos esenciales o trascendentes de un acto procesal que afectan su eficacia y validez, el cumplimiento de los presupuestos procesales o el error en la conformación que afecta algún interés fundamental de las partes o de la regularidad del juicio en el cumplimiento de normas de cardinal observancia, comportan la nulidad.

En nuestro sistema procesal penal, como en cualquier otro sistema procesal, la nulidad es considerada como una verdadera sanción procesal –la cual puede ser declarada de oficio o a instancia de parte por el juez de la causa- dirigida a privar de efectos jurídicos a todo acto procesal que se celebra en violación del ordenamiento jurídico-procesal penal. Dicha sanción comporta la eliminación de los efectos legales del acto írrito, regresando el proceso a la etapa anterior en la que nació dicho acto.

De allí, que la nulidad, aunque pueda ser solicitada por las partes y para éstas constituya un medio de impugnación, no está concebida por el legislador dentro del Código Orgánico Procesal Penal como un medio recursivo ordinario, toda vez que va dirigida fundamentalmente a sanear los actos procesales cumplidos en contravención con la ley, durante las distintas fases del proceso –artículos 190 al 196 del Código Orgánico Procesal Penal- y, por ello, es que el propio juez que se encuentre conociendo de la causa, debe declararla de oficio.

Mientras que, los recursos tienen por objeto el que se revise una determinada decisión por un órgano superior al que la dictó. Revisar, de por sí, presupone una función que debe realizar un órgano de mayor gradación de aquel que dictó la decisión. Al ser una sentencia, interlocutoria o definitiva, un acto que produce los más importantes efectos jurídicos, debe ser controlada o revisada a través de un mecanismo de control real sobre el fallo –la actividad recursiva-.

La actividad recursiva en el contexto del nuevo proceso penal es limitada, ya que no todas las decisiones pueden ser sometidas al control de la doble instancia y, si bien, el recurso de apelación y el de casación pertenecen a dicha actividad; no obstante, es innegable que estos dos medios de impugnación generan actos procesales que tienen incidencia importante en el proceso, ya que por efecto de su ejercicio podría declararse la nulidad del juicio o de la decisión defectuosa y ello comporta que se realice de nuevo la actividad anulada (Subrayado y negritas de esta Sala).

Conforme la doctrina anteriormente reproducida, esta Sala reitera que la nulidad no constituye un recurso ordinario propiamente dicho, que permita someter un acto cumplido en contravención con la ley al control de la doble instancia, ya que la nulidad constituye un remedio procesal para sanear actos defectuosos por la omisión de ciertas formalidades procesales o para revocarlos cuando dichos actos fueron cumplidos en contravención con la ley. Tan es así lo aquí afirmado que la normativa adjetiva penal venezolana vigente permite que la nulidad pueda ser declarada de oficio por el juez cuando no sea posible el saneamiento del acto viciado, ni se trate de casos de convalidación. De allí que la nulidad se solicita al juez que esté conociendo de la causa para el momento en el cual se produce el acto irrito, salvo que se trate de un acto viciado de nulidad absoluta, en cuyo caso podrá solicitarse en todo estado y grado del

proceso (Vid. sentencia Nro. 206 del 05 de noviembre de 2007, caso: *"Edgar Brito Guedes"*). Lo contrario sería desconocer la competencia que legalmente le es atribuida al juez para asegurar la efectiva aplicación de los principios y garantías que informan el proceso penal.

En todo caso, la Sala no desconoce el derecho de las partes de someter a la revisión de la alzada algún acto que se encuentre viciado de nulidad, pero, esto solo es posible una vez que se dicte la decisión que resuelva la declaratoria con o sin lugar de la nulidad que se solicitó, pues contra dicho pronunciamiento es que procede el recurso de apelación conforme lo establecido en el artículo 196 del Código Orgánico Procesal Penal, salvo –se insiste- que se trate del supuesto de una nulidad absoluta, la cual puede ser solicitada ante dicha alzada.

En tal sentido, esta Sala estima oportuno citar la opinión del ilustre jurista Arminio Borjas (1928), quien para la época, en su obra *"Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano"*, al tratar el tema de las nulidades en el proceso penal a la letra señaló lo siguiente:

Importa advertir que no debe confundirse la nulidad considerada como sanción del quebrantamiento o de la omisión de ciertas formalidades procesales, con la revocación o anulación de los fallos por el Juez o Tribunal que conoce de ellos en grado, porque, aunque resultan invalidados por igual el acto irrito y lo dispositivo de la sentencia revocada, casi siempre los motivos de la nulidad son del todo extraños a los errores de hecho o de derecho que motivan la revocación de los fallos, y el remedio o subsanamiento de los vicios de nulidad son `por lo común diferentes de los de la nulidad de alguna actuación en lo criminal, y se los pronuncia o declara por el propio juzgador de la alzada.

A la par, lo anteriormente señalado también se sustenta desde el punto de vista legislativo en el orden estructural del contenido normativo del Código Orgánico Procesal Penal, para el cual el legislador venezolano aplicó la técnica legislativa similar al del instrumento sustantivo penal, relativo a un orden por Libros, Títulos y Capítulos.

De esta manera, en relación a la distinción que debe existir entre las nulidades y los recursos, el Código Orgánico Procesal Penal trata las nulidades en un Título exclusivo del Libro Primero relativo a las Disposiciones Generales, específicamente en el Título VI *"DE LOS ACTOS PROCESALES Y LAS NULIDADES",* mientras que el tema de los recursos lo prevé tres Libros posteriores, a saber: Libro Cuarto *"DE LOS RECURSOS"*.

5.3.1. Clasificación

Tradicionalmente se ha distinguido entre dos categorías de nulidades susceptibles de combinación: genéricas y específicas; y absolutas y relativas. También se ha incorporado a esta clasificación la categoría de las llamadas nulidades virtuales o implícitas.

a) Regla de nulidades genéricas: La ley procesal impone u ordena ciertas formas procesales que son obligatorias para un conjunto de actos (Ejms. Exigencia del idioma castellano. Art. 151 COPP. Obligación de fundar las decisiones. Art. 157 *ejusdem*).
b) Regla de nulidades específicas: La ley al establecer las formas del acto dispone igualmente que el incumplimiento se sanciona con nulidad (debe determinarse si absoluta o relativa).
c) Nulidades absolutas (principio: art. 175). Consecuencia de una irregularidad procesal que lesiona una garantía constitucional, por tanto el legislador priva de efectos al acto realizado, circunstancia que no requiere de impugnación por las partes y, por tanto, puede ser declarada de oficio por el Tribunal en el momento en que se advierta, tal es el caso de la violación de las reglas relativas a la intervención, representación y asistencia del imputado, casos en los cuales no opera el saneamiento (vgr. la declaración rendida por el imputado sin la presencia de su defensor, o de la realización de un acto procesal en idioma distinto al castellano). La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 556 del 16 de marzo de 2006 estableció que la corte de apelaciones debe declarar inadmisible la apelación que declara sin lugar la solicitud de nulidad absoluta (conforme al art. 437, actual 428 del COPP) sin perjuicio de conocer sobre los vicios de la decisión en la oportunidad de resolver sobre otras impugnaciones, y, ratifica el criterio según el cual las cortes de apelaciones pueden decretar de oficio la nulidad absoluta de un acto procesal cuando exista algún vicio que lo permita (son taxativos).
d) En los casos de nulidad relativa se reconocen los efectos del acto irregular hasta tanto se advierta el vicio e incluso, una vez advertido, podría ser objeto de convalidación.
e) Regla de nulidades virtuales o implícitas: No está expresamente prevista en la norma procesal de manera genérica o específica, pero es la consecuencia del incumplimiento de formas impuestas por el ordenamiento jurídico (según algunos: nulidades tácitas)

La Sala Constitucional en sentencia N° 811 del 11 de mayo de 2005 estableció que el COPP, si bien habla de las nulidades absolutas, sin embargo,

> se adhiere al mundo de las nulidades implícitas, cuya idea se adapta a los lineamientos más actuales, puesto que difícilmente se pueden acoplar todos los casos como tantas transgresiones sean imaginables. Lo que establece nuestro sistema procesal es que cuando las nulidades sean absolutas: todo aquello que tiene que ver con la nulidad de la actividad judicial donde esté presente la intervención, asistencia y representación del imputado, la forma en que se establezca, la inobservancia y violación de derechos y garantías en general, en estos casos las nulidades se hacen valer ex officio y de pleno derecho; mientras que en los otros tipos de nulidades se requieren la instancia de parte y son normalmente saneables.

Conforme a lo dispuesto en el art. 179 del COPP procede la nulidad cuando no es posible el saneamiento ni se trata de casos de convalidación. En estos casos el juez de oficio o a petición de parte debe decretar la nulidad por auto razonado o señalarla en la resolución respectiva. En ningún caso procede esta declaratoria por defectos insustanciales en la forma (art. 257 CRBV).

La declaratoria de nulidad debe individualizar plenamente el acto viciado u omitido, determinar concreta y específicamente, cuáles son los actos anteriores o contemporáneos a los que la nulidad se extiende por su conexión con el acto anulado, cuáles derechos y garantías del interesado afecta, cómo las afecta, y, siendo posible, ordenará que se ratifiquen, rectifiquen o renueven. Una vez declarada produce como consecuencia la anulación del acto, sus efectos y los actos consecutivos que dependan de él; no obstante no procede cuando de lugar a retrotraer el proceso a etapas anteriores con grave perjuicio para el imputado y la nulidad se funde en la violación de una garantía establecida en su favor. En todo caso el juez, al decretar la nulidad, debe establecer a cuáles actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por su relación con el acto anulado.

El auto que declara la nulidad es apelable por las partes dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

5.3.2. Nulidad e inadmisibilidad

"Frente al signo de un riesgo o afectación de un principio (quebrantamiento de las formas) nace una respuesta, esto es, una específica actividad jurisdiccional. Esa actividad tanto puede responder a un acto que ya ha ingresado al proceso pero de un modo inválido, como puede impedir que ese acto ingrese"[19]. MANZINI, citado por BINDER, agrupa las sanciones procesales en dos tipos, según afecten la actividad en potencia, impidiendo su ejercicio útil, o a la actividad ya ejercida, anulando sus efectos. Frente a esta afirmación concluye MAIER[20] que la nulidad no es una sanción, vista tanto desde un punto de vista material como desde el ángulo de observación formal. Se puede decir que "nulo" es el reverso de "válido". Tanto "válido" como "nulo" son predicados de un acto que expresan de él si es idóneo o inidóneo, respectivamente, para producir algún efecto jurídico.

Una forma de manifestarse la nulidad es a través de la institución de la inadmisibilidad. Así indica MAIER[21] que en derecho procesal se puede decir que la inadmisibilidad intenta evitar el ingreso (jurídico) al proceso de la acción procesal irregular mientras que la nulidad intenta expulsar la acción irregular ya incorporada al procedimiento. Por lo demás es normal que el juicio positivo de admisibilidad no dificulte la posibilidad de una posterior declaración de nulidad.

19 BINDER. ob. cit p. 96.
20 Ob. cit. p. 135
21 Ob. cit. p. 141

RÉGIMEN PROBATORIO VIII

Probar es acreditar o averiguar de la verdad de una cosa a través de los mecanismos procesales establecidos legalmente. La prueba es el único medio seguro para lograr la reconstrucción conceptual del acontecimiento histórico sobre el cual versa el proceso[1].

Si la prueba es un procedimiento dirigido a obtener tal reconstrucción, sólo puede tener por objeto los hechos (dice el juez a las partes: *Da mihi facti, ego tibi jus*: dame los hechos que yo te daré el derecho). A este respecto debe distinguirse, como indica CAFFERATA[2], refiriendo a CLARIA OLMEDO, entre lo que "puede" ser probado en cualquier proceso penal y lo que "debe" ser probado en un proceso determinado. Por tanto, podría ser objeto de prueba cualquier hecho natural o humano.

En el proceso penal la prueba debe estar dirigida, en primer término, a lograr la acreditación de la comisión de un hecho punible, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y en segundo lugar a la individualización de los autores o partícipes en ese hecho.

Por su parte, los *medios* de prueba son los instrumentos u *órganos* que le suministran al juez el conocimiento de los hechos objeto de la prueba[3]. Como ha asentado el tribunal Constitucional español el juicio oral necesita una actividad probatoria mínima. En efecto, en la sentencia 31/1981 asentó el referido Tribunal que para desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se puedas deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado. Ello supone, a decir de IGARTUA SALAVERRIA[4] que *haya pruebas* inculpatorias (si no queda desvirtuada la <actividad probatoria>), que las pruebas existentes sean *incriminatorias* (de lo contrario no seria de <cargo>) y que sean *suficientes* para destruir la presunción de inocencia (de lo contrario no se llegaría al mínimo exigible de la actividad probatoria). Indudablemente que la determinación de cuan suficiente es la prueba corresponde al Tribunal de Juicio pues es este quien en cumplimiento del principio de inmediación debe recibir directamente la prueba.

En el CEC esos medios de prueba aparecían taxativamente enunciados en el art. 244, en tanto que el COPP en su art. 182 consagra la libertad de prueba en el actual proceso penal, al disponer que se podrán probar todos los hechos y circunstancias de

1 CAFFERATA. ob. cit. p. 134.
2 ídem. p. 142.
3 PARRA QUIJANO, Jairo. p. 55
4 IGARTUA SALAVERRIA, Juan (1995). *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso Penal*. Tirant lo blanch alternativa, Valencia, España. p. 142.

interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba, incorporado legalmente. Sólo están exentos de prueba los hechos notorios, pues estos forman parte de la experiencia y cultura comunes, y las presunciones legales

1. Principios

Además de la libertad probatoria, rigen en esta materia los *principios* de:

a. *Licitud.* La sentencia sólo puede fundarse en los elementos de prueba incorporados legalmente al proceso, en consecuencia, no puede utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. De la misma manera, tampoco puede apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos. Por tanto, la ilegalidad de la prueba puede devenir de su práctica en contravención a las garantías legal y constitucionalmente establecidas o por su irregular incorporación al proceso.

Según Teresa Armenta[5] la viabilidad del concepto de prueba ilícita tiene mucho que ver con la tensión que se produce entre los bienes a tutelar: la persecución penal, de un lado, y las determinadas medidas que generan medios de prueba, de otro; entre la obtención de la verdad, en un sentido; y la salvaguarda de determinados derechos y garantías, en el opuesto.

b. *Contradicción.* Expresamente recogido por el art.18 del COPP. Con base en tal principio la parte contra quien obra la prueba debe tener la posibilidad de controlarla.

c. *Comunidad,* pues una vez incorporada al proceso, la prueba pertenece a las partes.

d. *Pertinencia.* Está relacionado con la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los que son objeto de prueba.

e. *In dubio pro reo.* Con base en la presunción de inocencia que favorece al imputado hasta tanto no se dicte una sentencia que la desvirtúe, en caso de duda sobre su culpabilidad debe absolvérsele. Cabe recordar aquí el principio de que debe preferirse la absolución de un culpable a la condena de un inocente

2. Clasificación

En un sistema procesal penal tradicional, las pruebas suelen clasificarse en:

1. Pruebas directas e indirectas (según su objeto). En las directas el juez recibe o practica por sí mismo la prueba, en tanto que en las indirectas el juez recibe el informe o la declaración que le permite inducir lo que se trata de demostrar.

5 Lecciones ... p. 249

2. Prueba sumaria y prueba controvertida (en atención a la posibilidad de contradicción).

3. Pruebas formales y sustanciales. Las primeras cumplen una función eminentemente procesal, cual es, llevar al juez el convencimiento sobre determinados hechos; y las sustanciales porque además, son requisitos de existencia y validez.

4. Pruebas completas o incompletas, según la ley reconozca un medio probatorio como suficiente para declarar la existencia de un hecho o sea insuficiente para establecer por sí solo la verdad.

5. Judicial y extrajudicial según se realice en el proceso ante el juez o funcionario autorizado para recibirla o se practique fuera del proceso y por tanto ante cualquier persona.

Tales clasificaciones carecen de sentido en un sistema como el que desarrolla el COPP, pues la apreciación que de esas pruebas haga el tribunal dependerá del respeto a los principios de inmediación, oralidad y publicidad en su obtención, amén de que la contradicción rige en todo momento durante el proceso.

3. Carga de la prueba

La carga de la prueba es la autorresponsabilidad que la ley crea a las partes, de incorporar al proceso los hechos que sirven de fundamento a las normas jurídicas cuya aplicación solicitan.

Según la doctrina[6], esta carga de probar, está sometida a diversas reglas:

a. Al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que se funda su acción.

b. El demandado, cuando excepciona o se defiende debe probar los hechos en que se funda su excepción o defensa.

c. El demandado debe ser absuelto de los cargos o acción del demandante si éste no logró probar en el proceso los hechos constitutivos de su demanda.

4. Sistemas de apreciación de la prueba

a. *Intima convicción.* Este es el sistema propio de los tribunales de jurados. Presenta como mayor desventaja la falta de motivación de la decisión.

b. *Prueba legal o tasada.* En este caso la ley fija de manera previa el valor de cada medio probatorio, con independencia del convencimiento del juzgador. Este, que es el sistema que acogía el CEC, tiene como desventajas que desvirtúa la función del proceso y propicia la pasividad del juez, al requerir de parte de éste sólo la subsunción

6 ROCHA ALVIRA, Antonio: *Derecho Probatorio*. p. 31

de los hechos acreditados en esas reglas que de antemano establecen su valor. Propicia negligencia del juez, por ello afirma CAPELLETTI[7] que en este sistema el juez, en lugar de valorar las pruebas, se limita a contarlas.

c. *Libre convicción, sana crítica o crítica racional.* Este sistema de apreciación que acoge el COPP en su art. 22, no supone una apreciación arbitraria, pues obliga al juez a fundar su decisión en las máximas de experiencia, reglas de la lógica y conocimientos científicos. Presenta como mayor ventaja, la exigencia de una mayor preparación en el juez.

5. Actos de investigación y actos de prueba

a. Actos de investigación

Conforme a un criterio objetivo los actos de investigación están dirigidos a la preparación del juicio oral mediante la investigación de la verdad y la recolección de todos los elementos de convicción que permitan fundar la acusación del fiscal y la defensa del imputado (art. 262 COPP). Desde el punto de vista subjetivo su solicitud pueden provenir de la defensa pero su práctica corresponde al director de la investigación. Estos actos se caracterizan por ser actos unilaterales, no sometidos a control por las partes y practicados durante la fase preparatoria del proceso.

b. Actos de prueba

Según GIMENO SENDRA[8] los actos de prueba requieren el cumplimiento al menos de dos requisitos, uno objetivo, consistente en la contradicción, y otro subjetivo, por cuanto la prueba ha de estar intervenida por un órgano judicial. Tales actos de prueba como mecanismos con potencialidad para desvirtuar la presunción de inocencia, presentan, además las siguientes notas características[9]:

1. Su práctica corresponde a los sujetos procesales (consecuencia del principio de aportación de parte como una de las características del principio acusatorio).

2. Persiguen formar la convicción del tribunal acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación de su autor, por lo tanto, salvo el caso excepcional de la prueba anticipada, se practican en la fase del juicio oral.

3. Sólo pueden recaer sobre los hechos afirmados por las partes.

4. Exigen la intervención de un órgano jurisdiccional imparcial e independiente.

7 c. p. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (97), *en La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Pena*l. J. M. Bosch Editor. Barcelona, España. p.48

8 c. p. MIRANDA ESTRAMPES. ob. cit p. 99.

9 En este sentido GIMENO SENDRA, Vicente et al (1997). *Derecho Procesal Penal*. 2ª Edición, Editorial Colex, p. 371.

5. Deben estar presididos por los principios de contradicción, igualdad y garantías constitucionales.

Ciertamente la mayoría de los actos de investigación coinciden con los actos de prueba, quizás por esa razón estos últimos no aparecen regulados en el COPP dentro de las normas relativas al juicio oral, sino en el Libro contentivo de las disposiciones generales. En todo caso además de la oportunidad procesal en la que tienen lugar unos y otros, otro elemento diferenciador supone que se trate de una actividad de investigación o indagación y una actividad de verificación[10].

Por otra parte, como indica MIRANDA ESTRAMPES[11], el principio de libre valoración de la prueba no puede ser invocado para justificar otorgar valor probatorio a las diligencias propias de la instrucción, pues el juez es libre para valorar la prueba y no para conceder carácter de prueba a actuaciones o diligencias que no lo son.

6. Requisitos de la actividad probatoria

El COPP dedica el Capítulo II del Título VI, Libro Primero, a lo que denomina requisitos de la actividad probatoria, sin embargo, en tal desarrollo se advierte la regulación no sólo de los medios de prueba sino también de los actos de investigación que pueden llevar a cabo el Ministerio Público y la policía como órganos de persecución penal, dirigidos a localizar y asegurar las fuentes de la prueba.

Medios de obtención de la prueba:

a. Cadena de custodia y área de resguardo de evidencias

Incorporó la reforma al COPP de 2009 dos previsiones relativas a la cadena de custodia y al área de resguardo de evidencias (actuales arts. 187 y 188), como responsabilidades que se atribuyen a los funcionarios que reciban la noticia de delito y acudan al lugar en el que puedan encontrarse rastros, huellas o señales que hubiere dejado la perpetración. A tales efectos se contempla que todo funcionario o funcionaria que colecte evidencias físicas debe cumplir con la cadena de custodia, entendiéndose por ésta, la garantía legal que permite el manejo idóneo de las evidencias digitales, físicas o materiales, con el objeto de evitar su modificación, alteración o contaminación desde el momento de su ubicación en el sitio del suceso o lugar del hallazgo, su trayectoria por las distintas dependencias de investigaciones penales, criminalísticas y forenses, la consignación de los resultados a la autoridad competente, hasta la culminación del proceso.

10 Vid. VÁSQUEZ, Magaly. Algunas consideraciones sobre el régimen probatorio establecido en la LOPNA
11 Ob. cit p. 318.

La cadena de custodia comprende el procedimiento empleado en la inspección técnica del sitio del suceso y del cadáver si fuere el caso, debiendo cumplirse progresivamente con los pasos de protección, fijación, colección, embalaje, rotulado, etiquetado, preservación y traslado de las evidencias a las respectivas dependencias de investigaciones penales, criminalísticas y ciencias forenses, u órganos jurisdiccionales.

En cuanto a la competencia para el ejercicio de la cadena de custodia ha dispuesto la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia No. 075 del 1º de marzo de 2011, que si bien esta responsabilidad corresponde principalmente al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, no es menos cierto, que los órganos auxiliares también pueden realizar esta actividad. En efecto, el fallo citado después de citar las previsiones de los artículos 110, 202A, 248 y 284 del COPP, que actualmente se corresponde con los artículos. 113, 181, 234 y 266, respectivamente, concluye "que las mismas regulan funciones de investigación que deben cumplir los órganos policiales, sin especificar a que cuerpo en especial deberán estar adscritos, tan es así que en el caso del aseguramiento de la cadena de custodia, la ley faculta a todo tipo de funcionario policial que colecte evidencias físicas, digitales o materiales, a cumplir con la misma, con la finalidad de evitar su modificación, alteración o contaminación desde el momento de su ubicación en el sitio del suceso o en el lugar del hallazgo, siendo posteriormente puestas a la orden de la autoridad competente, hasta la culminación del proceso (…) Y si de la investigación policial, se amerita la práctica de diligencias necesarias y urgentes tendientes a garantizar cualquier actuación útil y pertinente en el procedimiento, las mismas estarán dirigidas a identificar y ubicar a los autores y demás partícipes del hecho punible, y al aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración del delito" (destacado del fallo).

Así mismo, en sentencia No. 235 del 2 de julio de 2010, la referida Sala se había pronunciado declarando que la violación de disposiciones legales que forman parte de los requisitos de la actividad probatoria, como es el caso de las relativas a la cadena de custodia, deben ser apreciadas y observadas por el Juez de Juicio y por consiguiente, tales disposiciones "no pueden ser infringidas por las Cortes de Apelaciones, en virtud de que a la misma, no le corresponde su aplicación".

En cuanto al resguardo se dispone que en cada órgano de investigación penal debe destinarse un área para el resguardo de las evidencias que se recaben durante las investigaciones penales llevadas por esos organismos. A tales efectos corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, a través del órgano del Poder Judicial que designe, la instalación y funcionamiento en cada circuito judicial penal de un área debidamente acondicionada para el resguardo de evidencias relacionadas con los casos en los cuales haya sido admitida la acusación.

Las evidencias de origen biológico que por su naturaleza sean susceptibles de degradación o aquellas cuyos subproductos o derivados pueden ser altamente tóxicos, contaminantes y nocivos para la salud deben ser desechadas previa autorización judicial, a requerimiento del representante del Ministerio Público, tomando las previsiones necesarias para dejar muestras resguardadas para futuros análisis.

Dispone el COPP que los procedimientos generales y específicos, fundados en los principios básicos de la cadena de custodia de las evidencias físicas, debían regularse por un manual de procedimiento único, de uso obligatorio para todas las instituciones policiales del territorio nacional, que practiquen entre sus labores, el resguardo, fijación fotográfica o por otro medio, colección, embalaje, etiquetaje, traslado, preservación, análisis, almacenaje y custodia de evidencias físicas, con la finalidad de mantener un criterio unificado de patrones criminalísticos. El referido Manual único de procedimientos en Manejo de cadena de Custodia de Evidencias Físicas fue aprobado por el Ministerio Público y el Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia, mediante Resolución Conjunta Nº 278 y 1563 publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.784 del 24 de octubre de 2011.

b. Registros

Los registros pueden llevarse a cabo cuando sea necesario inspeccionar lugares, cosas o personas, en razón de que existen motivos suficientes para sospechar que se encontrarán rastros del delito, o se presuma que en determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona evadida, tales actos, de ordinario, deben ser previamente autorizados por el juez de control.

Prevé el COPP dos modalidades de registro, el *nocturno* y el de *lugares públicos*. Se prevé la práctica de los primeros en lugares cerrados, aunque sean de acceso público. Debe dejarse constancia del motivo en el acta, en cuatro supuestos:

1. En los lugares de acceso público, abiertos durante la noche, y en un caso grave que no admita demora en la ejecución;

2. En el caso previsto en el numeral 1 del art. 196, es decir, el allanamiento de morada.

3. En el caso que el interesado o su representante preste su consentimiento expreso, con absoluta libertad;

4. Por orden escrita del juez o jueza.

La policía puede practicar el registro en lugares públicos, cuando haya motivo suficiente para presumir que en el existen rastros del delito investigado o de alguna persona fugada o sospechosa, salvo que se trate del registro en una morada, en un establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas o en recinto habitado, casos en los que es obligatoria una orden de allanamiento.

c. Inspecciones

El estado de las personas, lugares, cosas, los rastros y otros efectos materiales que existan, de utilidad para la investigación del hecho o la individualización de

los partícipes en él, se comprobarán por medio de las inspecciones de la policía o el Ministerio Público.

Al legitimarse a los órganos de policía o al Ministerio Público y no al juez para la práctica de inspecciones estas pierden la condición de "judiciales"; no obstante, tal atribución a los órganos encargados de la persecución penal resulta legítima por ser las inspecciones mecanismos para la obtención y recolección de evidencias relacionadas con el hecho que se investiga o con la persona a quien se atribuye su autoría o participación. Al tratarse de actos característicos de la fase preparatoria del proceso, es lógico que los órganos de investigación que en ella intervienen sean quienes las practiquen. Esto no quiere decir que el juez quede descartado del procedimiento, pues a éste corresponde autorizar tales actuaciones.

En caso de que el hecho no haya dejado rastros, o producido efectos materiales, si estos desaparecieron o fueron alterados, debe describirse el estado actual, procurando consignar el anterior, el modo, tiempo y causa de su desaparición y alteración, y la fuente de la cual se obtuvo ese conocimiento; análogamente debe procederse cuando la persona buscada no se halle en el lugar.

Según dispone el artículo 189 del COPP, cuando sea necesario, el funcionario o funcionaria que practique la inspección podrá ordenar que durante la diligencia no se ausenten las personas que se encuentren en el lugar o que comparezca cualquiera otra.

c.1. Tipos de Inspecciones

El COPP regula varios tipos de inspecciones:

a) *De personas*

Puede practicarse esta inspección, siempre que haya motivo suficiente para presumir que una persona oculta entre sus ropas o pertenencias o adheridos a su cuerpo, objetos relacionados con un hecho punible. En todo caso, antes de proceder a la inspección, debe advertírsele acerca de la sospecha y del objeto buscado, pidiéndole su exhibición.

Las inspecciones deben practicarse separadamente, por una persona del mismo sexo y respetando el pudor del inspeccionado.

b) *De vehículos*

La policía puede llevar a cabo la inspección de un vehículo, siempre que haya motivo suficiente para presumir que una persona oculta en él objetos relacionados con un hecho punible. En este caso deben cumplirse las mismas formalidades que las previstas para la inspección de personas.

El mismo procedimiento debe realizarse cuando sea necesario realizar una inspección personal o el registro de un mueble o compartimiento cerrado destinado al uso personal, en lugar público. En estos casos debe solicitarse para que presencie el

registro, a quien habite o se encuentre en posesión del lugar, o cuando esté ausente, a su encargado y, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad.

c) *De cadáveres*

En caso de muerte violenta o cuando existan fundadas sospechas de que la muerte es consecuencia de la perpetración de un hecho punible, antes de procederse a la inhumación del occiso, la policía de investigaciones penales, auxiliada por el médico forense, debe, además de las diligencias que le ordene el Ministerio Público, realizar la inspección corporal preliminar del cadáver; en consecuencia, debe describir la posición y ubicación del cuerpo, evaluar el carácter de las heridas, si las hubiere y los reconocimientos que sean pertinentes.

Si el médico forense no esté disponible o no existe uno en la localidad donde ocurrió el hecho, la policía de investigaciones penales debe proceder a levantar el cadáver, y disponer su traslado a la morgue correspondiente, o a un lugar en donde se pueda practicar la autopsia, su identificación final, que se procurará a través de cualquier medio posible, y la entrega a sus familiares.

Igual procedimiento debe llevarse a cabo en los casos de muerte causada en accidentes de tránsito, con la particularidad de que si los órganos encargados de la persecución penal no pudieren hacerse presentes en el lugar del suceso, el levantamiento del cadáver y demás actuaciones pueden ser realizadas por un oficial del cuerpo de control y vigilancia de tránsito terrestre, auxiliado por el médico forense.

En todos estos casos debe dejarse constancia de lo actuado, en conformidad con las normas generales del COPP.

d) *Examen corporal y mental*

Cuando sea necesario se puede efectuar el examen corporal y mental del imputado u otra persona, siempre que ello sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad. Si es preciso, el examen se practicará con el auxilio de expertos. A este acto puede asistir una persona de confianza del examinado, quien debe ser advertido de tal derecho. En todo caso debe cuidarse el respeto a su pudor.

Con la intervención del experto la inspección se fusionaría con la prueba pericial, pues aquél aportaría sus conocimientos técnicos.

c.2. Formalidades

Debe solicitarse a quien habite o se encuentre en el lugar donde se efectúa que presencie la inspección, o, cuando esté ausente, a su encargado y, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad, prefiriendo a familiares del primero. Si la persona que presencia el acto es el imputado y no está presente su defensor, se pedirá a otra persona que asista.

Cuando sea necesario, el funcionario que practique la inspección podrá ordenar que durante la diligencia no se ausenten las personas que se encuentren en el lugar o que comparezca cualquier otra.

d. Allanamiento

Conforme al texto constitucional (art. 47) sólo por dos razones se puede levantar la garantía de la inviolabilidad del hogar doméstico: a) para impedir la perpetración de un delito; y b) para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales.

Sobre el alcance de la expresión "hogar doméstico" dice AMBROSIO OROPEZA[12]:

> No obstante que la expresión *hogar doméstico*, pudiera ser entendida en el sentido de casa de habitación, de residencia particular del ciudadano solo o con familia, no parece dudoso que el constituyente quiso incluir en la expresión mencionada, a más del *hogar* estrictamente considerado, las oficinas y locales destinados a las acciones lícitas mediante las cuales desarrolla libremente su personalidad.

Indudablemente que ese alcance de la expresión hogar doméstico establecida constitucionalmente, es el que le ha dado el legislador en el COPP, pues en desarrollo de esa garantía, en la Sección Segunda del Capítulo II del Título VI del Libro Primero, describe las formalidades a cumplirse para el registro de una morada, establecimiento comercial, sus dependencias cerradas, o en recinto habitado. A tal efecto, exige medie una orden escrita y fundada del juez. Por tratarse de un acto de investigación es el juez de control el autorizado para expedir tal orden. Prevé el COPP que esta restricción no rige para las oficinas administrativas, establecimientos de reunión y recreo mientras estén abiertos al público, o cualquier otro lugar cerrado que no esté destinado a habitación particular; sin embargo no se entiende cuál es la restricción no aplicable pues, salvo que ello sea perjudicial para la investigación, deberá darse aviso de la orden del juez a las personas a cuyo cargo estén los locales. Como se advierte, también en este caso se exige la autorización previa del juez de control.

A tales efectos, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 370 de fecha 4 de julio de 2007 ratificó que está viciado de nulidad absoluta el allanamiento practicado sin previa orden judicial y sin que concurran las excepciones contempladas en el art. 196 del COPP (antes 210).

Quedan exceptuados del requerimiento de orden previa los siguientes casos (art. 196):

1º. Para impedir la perpetración de un delito
2º. Cuando se trate de personas a quienes se persigue para su aprehensión;

12 Cit. por MALDONADO, Pedro Osman (89). *Pruebas Penales y Problemas Probatorios*. Tercera Edición. Editorial ávila. Caracas, Venezuela. p. 221.

En los dos casos citados, deben hacerse constar en el acta, los motivos que determinaron el allanamiento sin orden previa.

La orden de allanamiento que emita el juez de control deberá contener (art. 197):

1º. La autoridad judicial que decreta el allanamiento y la sucinta identificación del procedimiento en el cual se ordena;
2º. El señalamiento concreto del lugar o lugares a ser registrados;
3º. La autoridad que practicará el registro;
4º. El motivo preciso del allanamiento, con indicación exacta de los objetos o personas buscadas y las diligencias a realizar;
5º. La fecha y la firma.

Salvo que la orden de allanamiento haya sido expedida por tiempo determinado (lo cual debe constar) esta caduca al término máximo de siete días.

La orden de allanamiento debe notificarse a quien habite el lugar o se encuentre en él, entregándole una copia. En caso de que el notificado se resista o nadie responda a los llamados, se hará uso de la fuerza pública para entrar. Al terminar el registro, si el lugar está vacío, se cuidará que quede cerrado y, de no ser ello posible, se asegurará que otras personas no ingresen, hasta lograrlo. Este procedimiento debe constar en el acta.

7. Medios de Prueba

Si bien uno de los principios rectores en esta materia es la libertad de prueba, el COPP, salvo el caso de la confesión[13], dedica especial atención a los medios de prueba tradicionales.

7.1. Testimonio

Es la narración que hace una persona de hechos de los cuales ha tenido conocimiento de manera directa o indirecta y que se relacionan con el objeto del proceso. La prueba testimonial es del género de las llamadas pruebas personales dado que es el testigo, como órgano de prueba, el encargado de transmitir el juez el conocimiento que tiene sobre un determinado hecho o circunstancia, por lo tanto corresponden al testigo dos obligaciones: concurrir a declarar y decir la verdad.

7.1.1. Obligación de concurrir a declarar y excepciones

La obligación de concurrir a rendir declaración aparece plasmada en el art. 208 del COPP, obligación cuyo incumplimiento genera la aplicación del tipo penal previsto

13 Su ausencia de regulación no es óbice para que el imputado o imputada pueda confesar, pues si bien su declaración es concebida como un medio de defensa y no de prueba, aquél puede reconocer ante el juez de juicio su autoría o participación en el hecho que se le imputa.

en el art. 238 del CP. Sin embargo, esa obligación de declarar tiene excepciones, por tanto, no están obligados a declarar:

1. El o la cónyuge, o la persona con quien el imputado o imputada tenga relación estable de hecho; sus ascendientes y descendientes y demás parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, sus padres adoptantes y su hijo adoptivo o hija adoptiva.
2. Los ministros o ministras de cualquier culto respecto de las noticias que se le hubieren revelado en el ejercicio de las funciones propias de su ministerio.
3. Los abogados o abogadas respecto de las instrucciones y explicaciones que reciban de sus clientes.
4. Los médicos o médicas y demás profesionales de la salud con relación a sus pacientes.

Las exenciones enumeradas en el art. 210 del COPP tienen su fundamento, bien en el parentesco, circunstancia protegida por el propio texto constitucional (art. 49); o en la protección del secreto profesional, al punto de que la violación de ese secreto es constitutiva de delito a tenor de lo dispuesto en el art. 189 del CP.

El COPP[14] contempla otra categoría de personas que si bien no están exentas de declarar si lo están de comparecer a la sede del tribunal. Tradicionalmente, se han establecido estas exenciones en razón de la dignidad del cargo o por enfermedad. El nuevo texto adjetivo contempla dos supuestos de exención, que se fundamentan:

a. En la dignidad del cargo

Estas personas, en consideración a las funciones que desempeñan, no están obligadas a comparecer a declarar. En el CEC se disponía que pueden hacerlo mediante certificación jurada (art. 166), modalidad que se justifica dado el carácter escrito del procedimiento. En el COPP (art. 209), que deberán declarar en el lugar donde cumplen sus funciones o en su domicilio.

b. En un impedimento físico (art. 215)

En caso de que resulte acreditado ante el tribunal que un testigo tiene impedimento físico para comparecer a su sede, el tribunal, en orden a garantizar el cumplimiento

14 Art. 209. El Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo de la República, los Ministros o Ministras del Despacho, el procurador o Procuradora General de la República, Miembros del Alto Mando Militar, los Gobernadores o Gobernadoras de los Estados, los Diputados o Diputadas de la Asamblea Nacional, los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, el Contralor o Contralora General de la República, el Fiscal o la Fiscal General de la República, Defensor o Defensora del Pueblo, Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral, Defensor o Defensora Pública General, Jefes o Jefas de Gobierno, Miembros del Cuerpo Diplomático acreditados en la República que quieran prestarse a declarar, los Diputados o Diputadas de los Consejos Legislativos de los Estados, y los Oficiales Superiores de la Fuerza Armada Nacional con mando de tropa, podrán pedir que la declaración se efectúe en el lugar donde cumplen sus funciones o en su domicilio, para lo cual propondrán, oportunamente, la fecha y el lugar correspondiente.

del principio de inmediación, debe trasladarse al lugar en el que se halle el testigo para tomarle declaración. Tal circunstancia debe hacerse constar en el acta del debate.

7.1.2. Clases de Testigos

En razón de la forma como obtengan el conocimiento de los hechos, los testigos pueden clasificarse en presenciales y referenciales o de oídas. El presencial tiene un conocimiento directo del hecho porque lo percibió a través de cualquiera de sus sentidos. El referencial depone refiriéndose a otro testigo y puede ser de primer grado, si hubiere tenido conocimiento de los hechos a través de una persona que sí los presenció, o de grado sucesivo, cuando el conocimiento lo obtiene a través de una persona, quien a su vez los conoció por referencia, de allí que en la apreciación de esta prueba, el tribunal tendrá que considerar que en la medida en que más se aleja de su fuente original, es decir, del testigo presencial, más disminuye su certeza y fuerza probatoria.

También se incluye en los sistemas, la referencia al testigo técnico o calificado. Se trata de una persona que posee conocimientos especiales en razón de la ciencia o arte que desempeña y que se vale de ellos al narrar algún hecho. Ese testigo, tal como afirma RENGEL ROMBERG[15], ha podido percibir un hecho concreto en razón de una capacidad técnica especial. Respecto de este testigo debe precisarse que lo que le califica o le da carácter técnico no es su lenguaje o vocabulario, sino los conocimientos que posee.

Todas estas modalidades de testimonio tienen cabida en el actual proceso penal con base en las previsiones del COPP.

Para rendir testimonio sólo se exigen como formalidades previas, la identificación del declarante y que preste juramento, salvo el menor de quince años que declara sin juramento.

7.1.3. Reconocimientos

Una forma de que el testigo complemente su declaración es a través del reconocimiento, este puede recaer sobre la persona imputada u otras relacionadas con el proceso, sobre objetos, voces, sonidos o cualquier forma de percepción sensorial.

Si se trata del reconocimiento del imputado, el testigo reconocedor previamente debe describir sus rasgos más característicos (art. 216). La fuerza probatoria de esta diligencia se debilitaría, si el testigo reconociere entre los presentes al imputado o imputada, pero previamente no fue capaz de indicar sus rasgos básicos.

Si se trata de varios reconocedores de una persona, la diligencia debe practicarse separadamente con cada uno de ellos, sin que haya posibilidad de que reconocedores y

15 RENGEL ROMBERG, Arístides (96). *El Testigo Técnico o Calificado en el Derecho Venezolano.* Editorial Jurídica Alva. Caracas. p. 5.

reconocidos puedan comunicarse, hasta que se haya efectuado el último reconocimiento. De la misma manera, si son varias personas las que habrán de ser reconocidas, el reconocimiento deberá practicarse por separado respecto de cada una de ellas. El acto de reconocimiento puede llevarse a cabo aún sin el consentimiento de quien habrá de ser reconocido.

Los objetos a ser reconocidos deberán exhibirse a quien haya de reconocerlos.

Pareciera necesario, tal como lo señala REYES ALVARADO[16], que tanto en el reconocimiento de objetos como en el de personas, el funcionario requiera al testigo sobre si entre el momento en que percibió los hechos y el del reconocimiento, ha visto en alguna otra oportunidad a la persona u objeto, bien sea porque le hayan sido mostrados por los organismos de seguridad del Estado, a través de los medios de comunicación o por una tercera persona, pues si esa percepción se ha tenido, el reconocimiento no tendrá valor probatorio alguno.

Para el reconocimiento de voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial, deben observarse, en lo aplicable, las disposiciones previstas para el reconocimiento de personas. Esta diligencia debe hacerse constar en un acta y la autoridad puede disponer que se documente mediante prueba fotográfica, videográfica u otros instrumentos o procedimientos.

7.1.4. Careo

Según el art. 222 del COPP, puede ordenarse el careo de personas que, en sus declaraciones, hayan discrepado sobre hechos o circunstancias importantes, aplicándose en este caso las reglas del testimonio

El careo supone la confrontación de dos personas con posiciones contrapuestas, por tanto, puede verificarse entre testigos, o entre las partes y los testigos.

A través de este mecanismo que no constituye un medio de prueba autónoma sino que apoya la recta valoración del testigo, sólo pueden confrontarse los hechos discrepantes, por tanto no puede tener por finalidad aclaraciones del testigo. Si éste, complementariamente a la confrontación, va a declarar sobre los hechos que puedan surgir durante su enfrentamiento o bien sobre otras cuestiones, debe hacerlo por separado[17].

7.2. Experticia

Es el Ministerio Público el facultado para ordenar la práctica de experticias cuando para el examen de una persona u objeto, o para descubrir o valorar un elemento de convicción, se requieran conocimiento o habilidades especiales en alguna ciencia, arte

16 REYES ALVARADO, Yesid (88). *La Prueba Testimonial. Primera Edición*. Ediciones Reyes Echandía Abogados Ltda. Bogotá, Colombia. p. 241.

17 MALDONADO, ob. cit. p. 247-248.

u oficio. En este caso debe indicar al perito cuales son los aspectos más relevantes sobre los cuales debe recaer la peritación. Aun cuando suele realizarse en la práctica, el experto no debe pronunciarse sobre aspectos jurídicos (como por ejemplo la calificación sobre la gravedad de las lesiones) sino limitarse a informar sobre el estado de los objetos o personas sometidos a examen, causas, consecuencias, etc., en el plazo fijado por el director de la investigación.

Según MORENO CATENA[18], el perito es una persona con conocimientos científicos o artísticos de los que el juez, por su específica preparación jurídica, puede carecer, llamada al procedimiento precisamente para apreciar, mediante máximas de experiencia especializadas propias de su preparación, algún hecho o circunstancia que han sido adquiridas con anterioridad por otros medios de averiguación y sean de interés o necesidad para la investigación.

Los peritos deberán poseer título en la materia relativa al asunto sobre el cual dictaminarán, siempre que la ciencia, el arte u oficio estén reglamentados. En caso contrario, debe designarse a personas de reconocida experiencia en la materia.

Los peritos serán designados y juramentados por el juez, previa petición del Ministerio Público, salvo que se trate de funcionarios adscritos al órgano de investigación penal, caso en el cual, para el cumplimiento de sus funciones bastará la designación que al efecto le realice su superior inmediato. Puede ordenarse la presentación o la incautación de cosas o documentos, y la comparecencia de personas si esto es necesario para efectuar el peritaje.

El cargo de perito es obligatorio y por tanto los designados sólo podrán excusarse de cumplir con esta función si se encontraren incursos en alguna de las causales previstas en el art. 89 del COPP. Pueden ser recusados el día de su aceptación o el siguiente, bajo pena de caducidad, sin perjuicio de las sanciones a las que se haría acreedor el funcionario que haya aceptado el cargo a sabiendas de su impedimento.

Conforme a lo previsto en el art. 225 el dictamen pericial debe contener, de manera clara y precisa, el motivo por el cual se práctica, la descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o del modo en que se halle, la relación detallada de los exámenes practicados, los resultados obtenidos y las conclusiones que se formulen respecto del peritaje realizado, conforme a los principios o reglas de su ciencia o arte. Debe ser presentado por escrito, firmado y sellado, sin perjuicio del informe oral en la audiencia.

Si los informes fueren dudosos, insuficientes o contradictorios, o cuando el Juez o el Ministerio Público lo estimen pertinente, pueden ser nombrados uno o más peritos nuevos, de oficio o a petición de parte, para que los examinen, y de ser el caso, los amplíen o repitan.

18 Derecho Procesal Penal,… p. 422.

Cuando no pueda establecerse, por causa justificada, el valor real de los bienes sustraídos o dañados, o el monto de lo defraudado, el fiscal encargado de la investigación o el Juez, podrán solicitar a los peritos una regulación prudencial. Esta regulación podrá ser variada en el curso del procedimiento, si aparecen nuevos elementos de convicción que así lo justifiquen.

7.3. Documentos

No se refiere el COPP dentro de las normas referidas al régimen probatorio, a la prueba documental, sólo se hace referencia a este medio de prueba en las disposiciones relativas al desarrollo del juicio oral indicando que los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen, sin embargo, el tribunal, excepcionalmente, con acuerdo de todas las partes, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenando su lectura o reproducción parcial. En el caso de las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales estas se reproducirán en la audiencia, según su forma de reproducción habitual.

Como afirma VALENTÍN CORTES[19] el documento es en la fase instructora un medio de investigación que se convertirá necesariamente en la fase de juicio oral en un medio de prueba, pues el documento es único y no se puede cambiar, lo que es más importante, no cambia de contenido por el transcurso del tiempo.

7.4. Confesión

La confesión es toda manifestación escrita o verbal, en cuya virtud un sujeto procesal a quien se imputa alguna vinculación con un comportamiento delictual, reconoce a cualquier título, su participación o intervención personal[20].

El CEC regulaba la prueba de la confesión del art. 247 al 250. Por su parte, el COPP no la prevé expresamente como medio de prueba, lo que se justifica en el hecho de que la declaración del imputado constituye un medio de defensa y no un medio de prueba, sin embargo ello no obsta para que el imputado, si lo desea, pueda reconocer su autoría o participación en el hecho punible que se le imputa. Su apreciación por parte del tribunal de juicio dependerá de la mayor o menor fe que pueda merecerle con base en el resultado del debate.

19 Derecho Procesal Penal,…, p. 430.
20 LEÓN DE VISANI, Eunice. p. 21.

8. Comprobación del hecho en casos especiales

a. Autopsias

Las autopsias deben practicarse en las dependencias de la medicatura forense, por el médico correspondiente. Si no lo hubiere, el Ministerio Público debe designar el lugar y médico encargado de su realización. Los médicos que practiquen la autopsia deberán concurrir al debate si fueren citados.

b. Exhumación

Si el cadáver hubiere sido sepultado antes del examen o autopsia correspondientes, el juez, a petición del Ministerio Público, puede ordenar la exhumación, cuando las circunstancias permitan presumir la utilidad de la diligencia. En lo posible, se debe informar con anterioridad a la exhumación, a algún familiar del difunto. Practicado el examen o autopsia, debe procederse a la inmediata sepultura del cadáver.

c. Ocupación e interceptación de correspondencias y comunicaciones

c.1. *Incautación de la correspondencia*

Dado el reconocimiento constitucional de la inviolabilidad de la correspondencia, si el Ministerio Público durante el curso de una investigación, estimare que se hace necesaria la incautación de la correspondencia y otros documentos que se presuman emanados del autor del hecho punible o dirigidos a él, y que puedan guardar relación con los hechos investigados, puede ordenar a los órganos de policía de investigaciones penales proceder a tal incautación, previa autorización del juez de control. De la misma manera, puede solicitar autorización para disponer la incautación de documentos, títulos, valores y cantidades de dinero, disponibles en cuentas bancarias o en cajas de seguridad de los bancos o en poder de terceros, cuando existan fundamentos razonables para deducir que ellos guardan relación con el hecho delictivo investigado.

Si se tratare de casos de necesidad y urgencia, los órganos de policía pueden solicitar directamente al juez de control la respectiva orden, previa autorización, por cualquier medio, del Ministerio Público. Esta autorización deberá constar en la solicitud.

c.2. *Interceptación o grabación telefónicas*

Sólo con ocasión de los delitos previstos en el art. 6 de la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones puede disponerse la interceptación, interrupción o grabación de conversaciones telefónicas y otros medios radioeléctricos de comunicación. Son estos delitos los que atentan contra la seguridad o independencia del Estado; los previstos en la LOSPP[21]; los contemplados en la LOSSEP[22]; el secuestro y la extorsión. En estos casos el contenido debe transcribirse y agregarse a las actuaciones,

21 Hoy en día Ley Contra la Corrupción.
22 Ahora Ley Orgánica de Drogas

conservándose las fuentes originales de grabación y asegurando su inalterabilidad y posterior identificación.

c.2.1. *Autorización*

A fin de disponer la interceptación, interrupción o grabación de las comunicaciones, el Ministerio Público debe solicitar razonadamente al juez de control del lugar donde se realiza la intervención, la correspondiente autorización con expreso señalamiento del tiempo de duración, que no puede exceder de treinta días.

El COPP prevé la posibilidad de que puedan acordarse prórrogas sucesivas mediante el mismo procedimiento y por lapsos iguales, lugares, medios y demás extremos pertinentes. Tal previsión resulta en extremo peligrosa por cuanto no se determina el número de prórrogas, lo cual podría convertirse en un medio de mantener restringida una garantía constitucional durante tiempo indefinido.

Sólo en casos de necesidad y urgencia, que deberán ser debidamente justificados, los órganos de policía previa autorización del Ministerio Público, pueden solicitar directamente al juez de control la respectiva orden.

c.2.2. *Uso de la grabación*

Toda grabación autorizada conforme a lo previsto en el COPP y en leyes especiales, sólo puede ser utilizada por las autoridades encargadas de la investigación y el enjuiciamiento, por tanto se prohíbe divulgar la información obtenida.

9. Pruebas anticipadas[23]

Es obvio que el contacto directo o inmediato del juez sobre la prueba, sobre sus órganos y objeto permitirá una mejor y más abundante captación de elementos y circunstancias, y un proceso discursivo más lógico, racional y veraz[24], no obstante, es posible que por diversas circunstancias las partes se vean en la necesidad de realizar diligencias probatorias que por su naturaleza son definitivas e irreproducibles, esto es, el transcurso del tiempo puede producir su modificación o desaparición lo cual impedirá que puedan incorporarse al debate público y oral, ello permite su práctica anticipada[25]

23 Un abundante desarrollo de este tema pueda consultarse en *La Prueba Penal Anticipada de Roberto Delgado Salazar,* Vadell Hermanos Editores, Caracas. 2005.

24 RODRíGUEZ, Gustavo Humberto (90). *Curso de Derecho Probatorio. Compendio*. Sexta Edición. Edic. Librería del Profesional. p. 17.

25 Conforme a lo dispuesto en el art. 289 del COPP, cuando sea necesario practicar un reconocimiento, inspección o experticia, que por su naturaleza y características deban ser consideradas como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al Juez de control que lo realice. Si el obstáculo no existiera para la fecha del debate, la persona deberá concurrir a prestar su declaración.
El Juez practicará el acto, si lo considera admisible, citando a todas las partes, incluyendo a la víctima aunque no se hubiere querellado, quienes tendrán derecho de asistir con las facultades y obligaciones previstas en este Código.

constituyéndose de esta manera en una excepción al principio de la inmediación, pues el tribunal de juicio podrá apreciarla, en consideración a las circunstancias en que la prueba se practicó y a la posibilidad de controlarla que tuvo la parte contra quien obraría, aun cuando se trate de pruebas no practicadas en su presencia.

DELGADO SALAZAR[26] define la prueba anticipada como aquella que se realiza, en principio, en la fase preparatoria, por razones de urgencia y la necesidad de asegurar su resultado, pudiendo ser apreciada por el juez como si se hubiera practicado en el juicio, siempre que se incorpore allí mediante lectura del acta que la contiene. Por su parte ALMAGRO NOSETE[27] indica que la prueba anticipada es aquella que se realiza en un momento anterior al del inicio de las sesiones del juicio oral, motivado por la imposibilidad material de practicarla en este acto.

A tenor de lo establecido en el artículo 289 del COPP, cualquiera de las partes –incluida la víctima– puede solicitar la práctica de una prueba anticipada; tal solicitud, en el caso de una declaración, debe estar fundada en el temor de que por algún obstáculo difícil de superar se presuma que la misma no podrá hacerse durante el juicio. En estos casos, para que el acto realizado tenga valor de "prueba" debe garantizarse el derecho a contradicción. Así, establece la norma antes citada, que el juez practicará el acto, si lo considera admisible, *"citando a todas las partes"*, con ello, garantizado el control de la prueba, es plenamente justificable que este acto se incorpore al juicio mediante su lectura, si es que el obstáculo no ha desaparecido para la oportunidad del debate.

En desarrollo de las exigencias precedentes la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia vinculante de fecha 4 de noviembre de 2002, ha establecido que cuando se procede a evacuar una prueba anticipada, sin que exista imputado individualizado, se debe citar al Defensor Público de Presos, a fin de controlar la prueba a través de su persona. En consecuencia, la prueba anticipada será considerada como tal en la medida en que se cumplan los requisitos objetivo y subjetivo que deben caracterizar la práctica de toda prueba, a saber, que las partes puedan controlarla y que se realice en presencia del juez.

Por cuanto las pruebas anticipadas constituyen una excepción al principio general de incorporación de las pruebas en el debate y, por tanto de la inmediación respecto del juez que debe apreciarlas, deben ser objeto de una interpretación restrictiva. En consecuencia, si se tratare de la prueba testimonial y el impedimento que motivó su práctica anticipada ya no existe para la fecha del debate, el testigo deberá concurrir a prestar declaración.

Una vez practicada la prueba anticipada las actas deben ser entregadas al Ministerio Público, por cuanto es éste el sujeto procesal responsable de la investigación. La víctima y las demás partes pueden obtener copia.

---

26 DELGADO SALAZAR, Roberto (2004). *Las Pruebas en el Proceso Penal Venezolano*, Vadell Hermanos Editores, 2ª Edición, Valencia-Caracas. p. 59.

27 Ccp. MIRANDA STRAMPES, ob. cit p. 318.

Para que la prueba practicada en estas circunstancias pueda ser apreciada como tal, debe cumplirse con la formalidad de su lectura en la audiencia, por ello también constituye una excepción al principio de oralidad. En este sentido la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 11 de febrero de 2003 con ponencia de la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León, al pronunciarse sobre la denuncia de supuesta violación al articulo 339 del COPP (actual 322) asentó:

> ...cabe destacar que la incorporación de determinados elementos de prueba mediante lectura al juicio oral y publico, es una excepción al principio de oralidad e inmediación que rigen el proceso penal, de acuerdo al Código Orgánico procesal Penal.
>
> Esto es así, porque es en el juicio oral y publico donde los jueces deben apreciar, de manera directa, los medios probatorios que les servirán para formar la convicción o no de los alegatos que serán esgrimidos en el juicio, y partiendo de los principios que informan el proceso penal en el debate, los cuales son la oralidad, la inmediación, la publicidad y la contradicción, *los elementos deben ser incorporados en forma oral en la audiencia, y ante el juez (o jueces) quien o quienes de manera inmediata (inmediación) deberán presenciar y percibir el medio o elemento probatorio para formarse una idea positiva o negativa, respecto de los argumentos o alegatos de quien los propone y de quien los contradice (contradictorio*).
>
> Estos medios de prueba, *deben ser presentados o incorporados en el lugar donde se celebra la audiencia de forma oral o verbal, como medio para apreciar la fuente de convicción (o no) a través de los sentidos (audio-visual primordialmente)*. De allí que se denomine audiencia.
>
> Y en virtud de que la regla sobre oralidad es una formalidad esencial a los fines del proceso, el cual es 'establecer la verdad de los hechos por la vía jurídica, y la justicia en la aplicación del derecho' (articulo 13 ejusdem), las pruebas deben ser incorporadas oralmente, para que los jueces conformen la secuencia histórica de los hechos a ser juzgados y apliquen las normas correspondientes... (cursivas nuestras).

MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL IX

Establece la Constitución de la República en su art. 44 que "la libertad y seguridad personal es inviolable…". Este derecho individual aparece además garantizado en Pactos de Derechos Humanos ratificados por Venezuela, como es el caso del PDCP (art. 9: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales") y la CADH o Pacto de San José de Costa Rica (art. 7[1]). De todas estas previsiones se deduce la libertad como regla y la detención como excepción, no obstante en el caso de Venezuela, la forma como se ha conducido el proceso penal, ha llevado a que tal principio se invierta y la detención para después investigar, se hubiere convertido en el principio general.

Quizás una de las mayores bondades del COPP la constituye el hecho de que el legislador no se ha conformado con una declaración de principios como la que se hace en el Título Preliminar, sino que a todo lo largo del articulado se establecen mecanismos para hacer efectivas tales garantías, así se advierte claramente del régimen de las medidas de coerción personal. En efecto, si a toda persona imputada de la comisión de un delito se le presume inocente hasta tanto una sentencia condenatoria declare su culpabilidad, es obvio que la privación de su libertad sólo podrá acordarse por excepción y por fines únicamente procesales.

La regulación de las medidas de coerción personal constituye un indicativo de lo más o menos democrático que puede ser un procedimiento penal. Dentro de tales medidas destaca la privación de la libertad.

Dado que la posibilidad de limitar la libertad de una persona sometida a proceso es la mayor interferencia que el ordenamiento jurídico procesal concede al juez, se hace necesario regular lo excepcional de su aplicación; en ese sentido, el COPP prevé

1 Art. 7: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamientos arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por si o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarias.

tal excepcionalidad y la necesidad de que todas las disposiciones que tienen que ver con la limitación o restricción de la libertad o menoscabo de sus facultades sean de interpretación restrictiva (artículo 233), en tal virtud sólo puede hacerse uso de esta limitación cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso. Ello supone tener presente que la única finalidad de la detención preventiva es "asegurar que el imputado estará a disposición del Juez para ser juzgado, de ahí que no resulte legítimo evitar la desinstitucionalización con otros fines para evitar escándalos probables, anticipar una pena segura o evitar la comisión de nuevos delitos"[2].

Esto supone que en ningún caso el fin de la detención preventiva puede ser asegurar el cumplimiento de la pena, lo que supondría una finalidad sustantiva que violaría la presunción de inocencia, sino el fin procesal de asegurar la comparecencia del imputado cada vez que fuere requerido. En consecuencia, de la presunción o estado de inocencia se derivan las siguientes exigencias:

a. Fin procesal de la privación de libertad.

b. Principio de excepcionalidad.

c. Principio de proporcionalidad.

d. Sospecha material de responsabilidad penal del imputado (mérito sustantivo).

e. Provisionalidad.

El COPP (art. 230) obliga a que toda medida cautelar de la que se haga uso sea *proporcional,* en tal virtud se prevé que no se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad de delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable y que, de la misma manera, en ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años. Si fuera varios los delitos imputados debe tomarse en cuenta la pena mínima corresponiente al delito más grave.

Excepcionalmente, si existiera causas graves que justifiquen el mantenimiento de las medidas de coerción personal que se encuentran próximas a su vencimiento, el fiscal del Ministerio Público o el querellante pueden solicitar al tribunal que esté conociendo de la causa, una prórroga que en ningún caso puede exceder de la pena mínima prevista para el delito imputado. En caso de concurso de delitos se debe considerar la pena mínima prevista para el delito más grave. Procede igualmente la solicitud de prórroga si el vencimiento obedece a dilaciones indebidas atribuibles al imputado, acusado o sus defensores.

2 MORA MORA, Luis Paulino (95). "Garantías constitucionales en relación con el imputado". En: *Sistema Acusatorio, Proceso Pena*l, *Juicio Oral en América Latina y Alemania*. Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, COPRE. Caracas. p. 25.

Si para la fecha de la solicitud las actuaciones se encontraren en una Corte de Apelaciones, esta debe remitir los recaudos necesarios al tribunal de primera instancia que conoce o conoció de la causa a los efectos de que dicte la decisión respectiva.

En torno a la aplicación del artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal en el caso de los delitos vinculados al tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, ha declarado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que los mismos constituyen una excepción a lo dispuesto en el artículo 29 de la CRBV, el cual prevé la imprescriptibilidad de las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra y que los dos primeros "quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía". En tal sentido en sentencia No. 1874 de fecha 28 de noviembre de 2008, la Sala reiteró el contenido del fallo N° 1.712 del 12 de septiembre de 2001 en el que había establecido:

> "…Los delitos de lesa humanidad, las violaciones punibles de los derechos humanos y los delitos por crímenes de guerra, quedan excluidos de beneficios como lo serían las medidas cautelares sustitutivas, en caso que el juez considerare que procede la privación de la libertad del imputado.
>
> Al comparar el artículo 271 constitucional con el transcrito 29, donde el primero se refiere a acciones penales imprescriptibles y que, al igual que la última norma mencionada, reconoce como imprescriptible a los delitos contra los derechos humanos, la Sala debe concluir que el delito de tráfico de estupefacientes, cuya acción también es imprescriptible, debe considerarse por su connotación y por el especial trato que le otorga el artículo 271 constitucional, como un delito de lesa humanidad, y así se declara.
>
> Los delitos de lesa humanidad, se equiparan a los llamados crimen majestatis, infracciones penales máximas, constituidas por crímenes contra la patria o el Estado y que, al referirse a la humanidad, se reputan que perjudican al género humano, motivo por el cual el tráfico de sustancias psicotrópicas y estupefacientes ha sido objeto de diversas convenciones internacionales, entre otras, la Convención Internacional del Opio, suscrita en La Haya en 1912, ratificada por la República el 23 de junio de 1912; la Convención Única sobre Estupefacientes, suscrita en las Naciones Unidas, Nueva York, el 30 de marzo de 1961; y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988). En el Preámbulo de esta última Convención las partes expresaron: Profundamente preocupadas por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad....
>
> Por otra parte, en el Preámbulo de la Convención de Viena de 1961, las partes señalaron, sobre el mal de la narcodependencia...Considerando que para ser eficaces las medidas contra el uso indebido de estupefacientes se hace necesaria una acción concertada y universal, estimando que esa acción universal exige una cooperación internacional orientada por principios idénticos y objetivos comunes....

> En consecuencia, los delitos relativos al tráfico de estupefacientes los considera la Sala de lesa humanidad.
>
> A título de ejemplo, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no suscrito por Venezuela, en su artículo 7 se enumeran los crímenes de lesa humanidad; y en el literal K de dicha norma, se tipificaron las conductas que a juicio de esta Sala engloban el tráfico ilícito de estupefacientes". (Resaltado de la Sala).

Reiterado el criterio precedente según el cual asienta el fallo que "los delitos vinculados al tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas son delitos de lesa humanidad, y, por ende, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 constitucional, están excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, entre los cuales se encuentran las medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de la libertad" y recuerda que tal interpretación de la Sala, "reiterada en sentencias Nros. 1.485/2002, del 28 de junio; 1.654/2005, del 13 de julio; 2.507/2005, del 5 de agosto; 3.421/2005, del 9 de noviembre; 147/2006, del 1 de febrero, 1114/ 2006 del 25 de mayo, entre otras, utilizó como parte de su fundamento, la sentencia 359/2000, del 28 de marzo, dictada por la propia Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia".

No obstante lo anterior, podría considerarse que el referido criterio se flexibilizaría a partir de la sentencia (N° 1859) con carácter vinculante dictada en fecha 18 de diciembre de 2014 (Caso: Aldrim Joshua Castillo Lovera), en la cual se diferencian los delitos de tráfico de drogas de "mayor" y "menor" cuantía. En efecto, al conocer de la consulta formulada por el Juzgado 12° de Primera Instancia en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en razón de la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad realizada por el referido órgano judicial de una decisión dictada por la Sala 3 de la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial, mediante la cual se había revocado la decisión denegatoria del destacamento de trabajo a un condenado por el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró pertinente la aplicación de las fórmulas alternativas a la prosecución del proceso y a la ejecución de la pena a los imputados y penados por el delito de tráfico de drogas de menor cuantía, al resolver:

> "…es deber de esta Sala, para preservar los principios que informan el proceso constitucional y la prevalencia del orden jurisdiccional, en razón de las distintas interpretaciones que los jueces y juezas de la República han dado al criterio de esta Sala conforme al cual "el delito de tráfico de estupefacientes, (…) debe considerarse por su connotación y por el especial trato que le otorga el artículo 271 constitucional, como un delito de lesa humanidad" (Vid. sentencia n.º 1712, del 12 de septiembre de 2001, caso: Rita Alcira Coy y otros), adecuar dicho criterio atendiendo el carácter judicial de la ejecución de la pena, el principio de proporcionalidad y los derechos a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, y sobre la base de la distinción establecida en la reforma del Código Orgánico Procesal de 2012 (Vid. artículos 38, 43, 374, 375, 430, parágrafo único, y 488), entre tráfico de drogas de mayor y menor cuantía, lo cual permita que se le conceda a los imputados y penados de

esta última categoría de delito, fórmulas alternativas a la prosecución del proceso y a la ejecución de la pena, y, de esta manera, permitir que el Estado cumpla con las estrategias de transversalidad humanista que apuntan hacia una reinserción social, razón por la cual queda entendido que las fórmulas señaladas no constituyen beneficios procesales ni conllevan a la impunidad".

Después de transcribir las disposiciones del COPP de 2012 precedentemente invocadas en las cuales concurre la expresión "tráfico de drogas de mayor cuantía", la Sala pasa a considerar "como tráfico de menor cuantía de drogas, semillas, resinas y plantas los supuestos atenuados del tráfico previstos en los artículos 149, segundo aparte, y 151, primer aparte, de la Ley Orgánica de Drogas, los demás tipos penales contemplados en los artículos señalados conformaran el tráfico ilícito de mayor cuantía de drogas, semillas, resinas y plantas" y en tal virtud

"estima que no es posible dar el mismo trato a todos los casos, en razón de que no todos los supuestos de los delitos que corresponden a esta sensible materia son iguales, ni el daño social -consecuencias sociales- que ellos generan es de igual naturaleza. Sin embargo, existen situaciones cuyas consecuencias jurídicas y sociales son de mayor magnitud que otras, y es allí en donde el legislador por medio de la normativa vigente impone un orden para evitar que iguales conductas se realicen de nuevo.

Para esta Sala, el hecho de que los delitos de tráfico de mayor cuantía de drogas, de semillas, resinas y plantas tengan asignadas penas mayores se fundamenta en una razón objetiva: la magnitud de sus consecuencias jurídicas y sociales, en virtud de lo cual a los condenados se les pospone la posibilidad de obtener las fórmulas para el cumplimiento de la pena, solo para cuando el recluso haya cumplido las tres cuartas (3/4) partes de la misma, conforme lo previsto en el ordenamiento jurídico, toda vez que existe primacía de los derechos e intereses colectivos sobre los individuales, como consecuencia de la proclamación en la Constitución, de un Estado como social y democrático de Derecho.

En tal sentido, esta Sala estima oportuno citar lo establecido por la Sala de Casación Penal en su sentencia n.º 376, de fecha 30 de julio de 2002, caso: "Felina Guillén Rosales", respecto de la aplicación en los procesos por delitos de drogas del principio de proporcionalidad en el sentido siguiente:

(…) hacer distingos entre quienes operan con una gran cantidad de drogas y quienes lo hacen con una ínfima cantidad. Es paladino que el desvalor del acto es muy diferente en ambos supuestos, así como también el desvalor del resultado y a tenor del daño social causado.

(…)

En suma, hay que tomar en consideración que habría un mínimum de peligrosidad social –siempre en relación con la muy alta nocividad social de tal delito– si una actuación criminosa con drogas fuera sin un ánimo elevado de lucro o, por lo menos, sin una posibilidad real de lograr un elevado beneficio económico: esto puede inferirse de una cantidad muy baja de droga y que, por lo tanto, representa-

> ría un ataque no tan fuerte al muy alto y trascendente bien jurídico protegido. La fuerza del ataque a dicho bien debe influir en el criterio de peligrosidad, pues de eso dependería en principio el peligro social implícito en la conducta delictuosa.
>
> De esta manera, esta Sala como máxima garante e intérprete de la Constitución, en ejercicio de las atribuciones que le confiere dicho Texto y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, replantea el criterio estableciendo de forma vinculante conforme a lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución, la obligación para todos los jueces y juezas con competencia en lo penal de la República Bolivariana de Venezuela, que cumplan cabalmente con los preceptos señalados en el presente fallo. Así se declara".

Considerando algunos regímenes particulares referidos a la situación personal del imputado, como es el caso de la senilidad, la situación de la mujer embarazada o lactante, o la de los imputados que padecen enfermedades de gravedad e irreversibles, prohíbe el art. 231 decretar la privación judicial preventiva de libertad de las personas mayores de setenta años; de las mujeres en los últimos tres meses de embarazo; de las madres durante la lactancia de sus hijos, hasta los seis meses posteriores al nacimiento; o de las personas afectadas por una enfermedad en fase terminal, debidamente comprobada. En estos casos, si se estima que es imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, deberá el juez decretar la detención domiciliaria o la reclusión en un centro especializado.

Otra limitación al decreto de la medida cautelar de privación de libertad atiende al aspecto objetivo y está referida al quantum punitivo del delito objeto del proceso. En este caso si tal delito merece una pena privativa de libertad que no exceda de tres años en su límite máximo, y el imputado ha tenido una buena conducta predelictual, la cual podrá ser acreditada de cualquier manera idónea, sólo procederán medidas cautelares sustitutivas.

Respecto de esta limitación debe recordarse que el COPP, a fin de no desmejorar el régimen establecido con la institución del sometimiento a juicio previsto en la Ley de Beneficios en el Proceso Penal[3], estableció que cuando el delito materia del proceso mereciera una pena privativa de libertad menor de cinco años en su límite máximo, y el imputado careciera de antecedentes penales, sólo podían imponérsele medidas cautelares sustitutivas, es decir, en este caso no tenía lugar el análisis sobre el riesgo de fuga o de obstaculización de la investigación, sin embargo en la reforma de 2001 ese límite de cinco años se redujo a tres en franca violación del principio de progresividad en materia de Derechos Humanos.

Las medidas de coerción personal prevista en el COPP tienen las siguientes notas características:

a. Sólo pueden ser solicitadas por el fiscal del MP pues es éste quien conoce el curso de la investigación y la necesidad de la medida a los efectos de una investigación eficiente.

3 Instrumento legal que se mantuvo vigente en algunas de sus disposiciones hasta la reforma de 2001.

b. Judicialidad. Solo puede ser decretada por un órgano investido de jurisdicción.

c. La solicitud y la decisión que la decreta deben ser fundadas (exposición de los presupuestos legales que la motivan).

d. Sólo pueden imponerse las medidas previstas en la ley (legalidad).

e. No pueden sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito ni exceder del plazo de 2 años.

f. Las disposiciones que las regulan deben interpretarse restrictivamente.

g. Deben ser proporcionales a la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable. En consecuencia, la privación de la libertad debe ser la *ultima ratio* (principio de necesidad).

h. Carácter intrumental, pues solo deben permitir asegurar el fin del proceso.

i. En atención al principio de respeto a la dignidad humana el juez puede, inclusive de oficio, imponer una medida menos gravosa para el imputado.

La Constitución de 1961[4] bajo cuya vigencia fue aprobado el COPP, facultaba a las autoridades de policía para practicar "medidas provisionales de necesidad o urgencia, indispensables para asegurar la investigación del hecho y el enjuiciamiento de los culpables", esas medidas podían suponer la privación de libertad de una persona aún cuando no se tratara de un delito flagrante, de allí la necesidad de que el legislador regulara los trámites a seguir si tal situación se concretare. En estos casos el aprehendido, debía ser puesto de inmediato a la orden del juez para que éste decidiera, después de oírlo, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, sobre su libertad o la privación preventiva de ella, siempre que el Ministerio Público solicitara la aplicación de esta medida.

Por su parte, la Constitución de 1999 admite sólo dos posibles limitaciones a la libertad personal: en casos de flagrancia y por orden judicial.

1. Aprehensión en caso de flagrancia

El COPP define (art. 234) como delito flagrante el que se esté cometiendo o acaba de cometerse. También se tiene como delito flagrante aquel por el cual el imputado se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamentos que él es el autor.

Se legitima a cualquier autoridad o particular para aprehender al sorprendido, siempre que el delito amerite pena privativa de libertad, disponiéndose su entrega a la

4 Num. 1 del art. 60.

autoridad más cercana, sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República con relación a los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional y a los Consejos Legislativos de los estados.

En efecto, según lo dispuesto en la Carta Magna (art. 200) podría verificarse la aprehensión de un diputado o diputada en caso de delito flagrante grave; en estos casos la autoridad competente deberá ponerlo bajo custodia en su residencia y comunicar el hecho inmediatamente al Tribunal Supremo de Justicia.

Para el juzgamiento de los delitos flagrantes se debe seguir el procedimiento especial previsto en el Título III del Libro Tercero del COPP.

2. Privación judicial preventiva de libertad

A tenor de lo previsto en el art. 236 del COPP, el juez o jueza de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá decretar la privación preventiva de libertad del imputado o imputada siempre que se acredite la existencia de:

1. Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita;
2. Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado o imputada ha sido autor o autora, o partícipe en la comisión de un hecho punible;
3. Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación.

La fuga del imputado o la obstaculización de la investigación (*periculum in mora*) podrían impedir que se concrete la realización del derecho material, no obstante con la detención "el riesgo cambia de manos y es el imputado quien lo corre"[5], de allí que se deben interpretar restrictivamente tales exigencias.

De concretarse la fuga del imputado, no sería posible su enjuiciamiento pues la vigente Constitución no admite el juicio en ausencia. A fin de analizar la posibilidad de que tal riesgo se concrete, y evitar la arbitrariedad en su apreciación, el legislador (art. 237) le indica al juez una serie de circunstancias a analizar, a saber:

1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La pena que podría llegarse a imponer en el caso;
3. La magnitud del daño causado;
4. El comportamiento del imputado o imputada durante el proceso, o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.
5. La conducta predelictual de imputado o imputada.

5 PASTOR, Daniel R. El Encarcelamiento Preventivo. p. 44.

Si bien la privación de la libertad como medida cautelar debe estar sustentada en razones procesales, el legislador incorpora un criterio sustantivo para su decreto, como lo es la pena que podría llegar a imponerse. Por otra parte, se agregó en la reforma de 2001 la consideración de la "conducta predelictual" del imputado como uno de los extremos para ponderar el peligro de fuga, lo que supone una valoración subjetiva por parte del juez que compromete seriamente el principio de igualdad ante la ley.

El peligro de obstaculización constituye uno de los parámetros que el juez de control deberá valorar a fin de decretar la privación de libertad, pues la posible interferencia del imputado en la investigación que adelante el Ministerio Público podría afectar la búsqueda de la verdad, lo cual constituye, a tenor de lo previsto en el art. 13 del COPP, la finalidad del proceso.

Para decretar la detención por estimar que hay peligro de obstaculización para averiguar la verdad, el juez deberá considerar (art. 238), especialmente, la grave sospecha de que el imputado o imputada: "1. Destruirá, ocultará o falsificará elementos de convicción; 2. Influirá para que coimputados o coimputadas, testigos, víctimas, expertos o expertas, informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros u otras a realizar esos comportamientos, poniendo el peligro la investigación, la verdad de los hechos y la realización de la justicia".

El decreto de privación preventiva judicial de libertad del imputado durante la fase preparatoria, genera para el fiscal del Ministerio Público la carga de presentar la acusación, solicitar el sobreseimiento o, en su caso, archivar las actuaciones, a más tardar dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a tal decisión judicial; vencido este lapso sin que el fiscal haya presentado la acusación, el detenido deberá ser puesto en libertad, mediante decisión del juez de control, quien podrá aplicarle una medida cautelar sustitutiva. Sobre este particular la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia Nº 1927 del 14 de agosto de 2002, ratificada por la misma Sala en decisión de fecha 16 de marzo de 2004, estableció:

> …Esta decisión que es congruente con el derecho a ser juzgado en libertad reconocido en el artículo 44, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se hace nugatoria cuando en la práctica no puede ser disfrutada por el beneficiario. En tal sentido, esta Sala ha exhortado "*a los jueces a quienes corresponda autorizar la imposición de tales medidas, determinen las condiciones requeridas, de tal forma que se puedan llevar razonablemente a cabal término, en salvaguarda de la libertad personal garantizada por la Constitución*" (sentencia Nº 1128 del 5 de junio de 2002. caso *M.A. Romero*).
>
> (…Omissis…)
>
> Este derecho a ser juzgado en libertad se conculca aún más, cuando se imponen varias medidas cautelares y no una, como lo ordena el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal[6]. A este respecto, esta Sala Constitucional, en sentencia

6 Actual art. 236

> Nº 1927, del 14 de agosto de 2002 (R. O. Puentes en amparo), decidió que "*la aplicación de más de una medida (sustitutiva) en contravención con lo dispuesto en el referido Artículo 259 (hoy 250), constituye una clara y evidente lesión al debido proceso y, también, al derecho a la libertad personal…*". Continúa el fallo mencionado, que "*el derecho a la libertad personal no se viola solamente cuando se priva de libertad a un ciudadano, sino también cuando el ejercicio de ese derecho resulta restringido más allá de lo que la norma adjetiva indica, como en el caso que nos ocupa, pues hay que recordar que las medidas cautelares sustitutivas, si bien no son privativas de libertad, sí son restrictivas y la garantía constitucional –cuando se refiere al derecho de libertad personal– se concreta en el ejercicio pleno de dicho derecho. De allí que acordar medidas cautelares sustitutivas de la privativa de libertad más allá del límite legal, constituye indudablemente, una lesión indebida al referido derecho fundamental, entendido en forma integral, como ha quedado expuesto…* (Subrayado y nuestro).

Contempla el artículo 236 que en casos excepcionales de extrema necesidad y urgencia, y siempre que concurran los supuestos previstos en la citada norma, el Juez o Jueza de Control, a solicitud del Ministerio Público, autorizará por cualquier medio idóneo, la aprehensión del investigado o investigada. Tal autorización deberá ser ratificada por auto fundado dentro de las doce horas siguientes a la aprehensión. Sobre este supuesto decidió la Sala de Casación Penal en su sentencia N° 499 del 8 agosto de 2007, que "es evidente que cuando el legislador señala casos excepcionales de extrema necesidad y urgencia, se refiere a aquellos delitos cuya consumación es instantánea o inmediata, como sería el caso de los delitos in fraganti, por cuanto no requieren de una investigación previa, y además debe tomarse en consideración la naturaleza del delito…" En el mismo sentido, en el fallo N° 714 del 16 de diciembre de 2008 la misma Sala asentó:

> "…existen casos, de extrema necesidad y urgencia, donde la detención precede a la imputación, siendo tal omisión permisible, únicamente de manera excepcional, cuando en el caso concreto, el delito cometido o las circunstancias particulares pongan en peligro los fines del proceso.
>
> Situación similar ocurre, en los casos de los delitos flagrantes, donde al resultar evidente el hecho delictivo e individualizado el autor o partícipe (sin bastar la presunción o mera sospecha), no se requiere de mayor investigación ni de orden judicial previa para aprehender al sindicado (artículo 44, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).
>
> Sin embargo, esta condición de extrema necesidad y urgencia que legitima, en principio, la aprehensión (flagrancia) o detención (sin imputación previa artículo 250, in fine) de un individuo no implica que éstas no estén sujetas a control judicial, toda vez que corresponde al juzgador, conforme al Estado de Derecho, resolver acerca de la regularidad y legalidad de la aprehensión o detención, ponderando la legalidad, necesidad y racionalidad de la medida y garantizando los derechos del aprehendido o detenido a ser informado de sus derechos así como del hecho atribuido fundamento de la restricción a la libertad, de acuerdo al principio de presunción de inocencia.

> Lo anteriormente expuesto responde a que las medidas de coerción personal, restrictivas o privativas de libertad, dada su naturaleza cautelar y no sancionadora, tienen el exclusivo propósito de asegurar los fines del proceso penal (artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal) …". (Subrayado de la Sala).

Tal pronunciamiento judicial fue ratificado mediante fallo No. 390 del 19 de agosto de 2010 de la misma Sala.

Debe destacarse que por ser el juez de control un tercero imparcial ajeno a la investigación conducida por el fiscal, carece de facultad para acordar medida alguna si aquella no le fuere previamente solicitada, por tanto, no podría imponer una medida cautelar más gravosa que la solicitada por el fiscal. En efecto, si el "dueño de la investigación" solicita una medida sustitutiva, el juez no puede decretar la privación de libertad; sin embargo, sí está facultado para acordar, en todo caso, una medida menos grave a la situación del imputado.

La privación judicial preventiva de libertad sólo podrá decretarse por decisión debidamente fundada que debe contener (art. 240):

1. Los datos personales del imputado o imputada, o los que sirvan para identificarlo o identificarla;
2. Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen;
3. La indicación de las razones por las cuales el tribunal estima que concurren en el caso los presupuestos a que se refieren los artículos 237 o 238;
4. La cita de las disposiciones legales aplicables.

La apelación de la medida de privación judicial preventiva de libertad no suspende su ejecución, con ello se establece una excepción al principio contemplado en el art. 430 del COPP, conforme al cual la apelación de una decisión suspende su ejecución.

Se reitera, pues ya aparece enunciado en el art. 133 del COPP, el derecho del imputado aprehendido a ser informado del hecho que se le atribuye y de la autoridad que ha ordenado la medida o a cuya orden será puesto.

3. Medidas cautelares sustitutivas

Tal como afirma MAIER[7], así como el Derecho Penal tiene a sustituir cada vez más la pena privativa de libertad, el Derecho Procesal Penal modernamente procura evitar la privación de libertad como la medida cautelar por excelencia. Siguiendo esta tendencia, el legislador venezolano enumera ocho medidas que puede el juez imponer al imputado, previa solicitud del fiscal del Ministerio Público[8]. Respecto de la ubicación de tales medidas se advierte que si lo que se perseguía era denotar la excepcionalidad

7 MAIER, Julio (96). *Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición. Tomo I. Fundamentos. Edit. Del Puerto. p. 381.

8 Se prevé una novena medida cautelar de dudosa constitucionalidad que faculta al juez para imponer medidas de coerción personal creadas por analogía.

de la privación de libertad aquellas debieron ubicarse antes de la medida de detención judicial dado que no proceden después de decretada la detención sino antes, justamente para evitar que aquella se decrete. Su enumeración después de la privación judicial de libertad, pudiera inducir al error de acordarlas después de ejecutada la detención y como medios para hacerla cesar.

Según lo establece el art. 242 del COPP, siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser satisfechos, razonablemente, con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, alguna de las medidas siguientes:

1. La detención domiciliaria en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene[9];
2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la que informará regularmente al tribunal;
3. La presentación periódica ante el tribunal o la autoridad que aquél designe;
4. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal;
5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares;
6. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
7. El abandono inmediato del domicilio si se trata de agresiones a mujeres, niños o niñas, o de delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado o imputada;
8. La prestación de una caución económica adecuada, de no imposible cumplimiento, por el propio imputado o imputada, o por otra persona, atendiendo al principio del proporcionalidad, mediante depósito de dinero, valores, fianza de dos o más personas idóneas o garantías reales.
9. Cualquier otra medida preventiva o cautelar que el tribunal, mediante auto razonado, estime procedente o necesaria.

Las primeras siete medidas suponen obligaciones o limitaciones de los derechos sólo para el imputado o imputada, como puede ser la detención domiciliaria, la prohibición de frecuentar lugares o personas o de salir del país, la obligación de someterse a tratamientos o de abandonar el hogar doméstico, en tanto que la octava, esto es, la posibilidad de fijar una fianza o caución, puede suponer compromisos para personas distintas, con ello se regulan principalmente la caución real y la fianza personal y, subsidiariamente, la caución juratoria, la cual procede cuando no fuere posible la constitución de una u otra.

La regulación de estas cauciones como fórmulas sustitutivas procedentes en lugar de la privación de libertad, constituye un cambio radical en cuanto a su concepción pues, tradicionalmente, en el sistema venezolano, estas medidas se han concebido

9 Según estableció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 453 de fecha 4 de abril de 2001, criterio que ha sido ratificado en decisiones posteriores, la medida sustitutiva de detención domiciliaria es privativa de libertad, pues sólo supone el cambio de sitio de reclusión y no la libertad del imputado.

como medios para hacer cesar la detención, es decir, una vez ejecutada la detención de la persona sometida a proceso, ésta podría obtener a través de cualquiera de ellas el "beneficio"[10] de la libertad.

La novena "medida cautelar sustitutiva" fue incorporada en la reforma de 2001 y a nuestro entender viola el principio de legalidad en la imposición de las medidas por cuanto faculta al juez para imponer restricciones a derechos no establecidas expresamente en la ley.

Se deduce igualmente de la disposición del art. 242 del COPP que no se pueden imponer al imputado más de dos medidas cautelares sustitutivas. En efecto, siendo congruentes con los criterios sentados por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, cualquier exceso en esta materia afectaría la garantía del debido proceso. Sobre este particular se pronunció el Magistrado Pedro Rondón Haaz, en el voto salvado de la sentencia N° 544 emanada de la misma Sala Constitucional en fecha 14 de marzo de 2006, en el que estima el disidente que

> la Sala obvió algún pronunciamiento sobre el decreto, por parte del Juez de Control, en referencia a tres medidas cautelares sustitutivas de la privativa de libertad, lo cual constituye una clara infracción al artículo 256 *in fine* del Código Orgánico Procesal Penal y una ilegítima restricción al derecho a la libertad personal. En efecto, la norma en cuestión dispone que '[e]n *ningún caso podrán concederse al imputado, de manera contemporánea tres o más medidas cautelares sustitutivas*'…

Si bien las medidas cautelares enumeradas en el art. 242 del COPP afectan diferentes derechos como la libertad o el libre tránsito, una de las más comunes a imponer, conjuntamente con la prohibición de salida del país y las presentaciones periódicas ante el Tribunal es la contemplada en el numeral 8, de allí que seguidamente se les dedique especial atención:

3.1. Caución real

Esta modalidad supone un compromiso que asume el imputado de someterse a las condiciones fijadas por el tribunal, compromiso que garantiza mediante la consignación de una suma de dinero, cuyo monto fijará el tribunal en atención a los siguientes elementos:

1. El arraigo en el país del imputado o imputada determinado por la nacionalidad, el domicilio, la residencia, el asiento de su familia, así como las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La capacidad económica del imputado o imputada;
3. La entidad del daño causado.

10 Este error se advierte en el propio órgano legislativo cuando ha dado al derecho a la libertad, el calificativo de "beneficio"; así se advierte en la regulación de la Ley de Libertad Provisional Bajo Fianza y, más grave aún, en el título de una ley que estuvo vigente hasta el año 2001: la Ley de Beneficios en el Proceso Penal.

La caución económica se fijará entre el equivalente en bolívares de treinta a ciento ochenta unidades tributarias, salvo que, acreditada ante el tribunal la especial capacidad económica del imputado o la magnitud del daño causado, se haga procedente la fijación de un monto mayor. Esta caución podrá ser ejecutada si la medida se revocare y el imputado no pudiere ser aprehendido.

Adicionalmente a esta medida se impondrá la prohibición de salida del país del imputado o imputada hasta la conclusión del proceso, cuando se trate de delitos que estén sancionados con penas privativas de libertad cuyo límite máximo exceda de ocho años. Sólo en casos extremos plenamente justificados, puede el tribunal autorizar la salida del imputado o imputada fuera del país por un lapso determinado.

3.2. Fianza personal

En este caso dos personas (fiadores) se comprometen ante el tribunal a presentar al imputado las veces que sea necesario y a garantizar que éste no evadirá la acción de la justicia. Estas personas presentadas por el imputado deberán ser de reconocida buena conducta, responsables, tener capacidad económica para atender las obligaciones que contraen, y estar domiciliados en Venezuela.

Los fiadores se obligan a:

1. Que el imputado o imputada no se ausentará de la jurisdicción del tribunal;
2. Presentarlo a la autoridad que designe el juez o jueza, cada vez que así lo ordene;
3. Satisfacer los gastos de captura y las costas procesales causadas hasta el día en que el afianzado o afianzada se hubiere ocultado o fugado;
4. Pagar por vía de multa, en caso de no presentar al imputado o imputada dentro del término que al efecto se le señale, la cantidad que se fije en el acta constitutiva de la fianza.

3.3. Caución juratoria

Procede la imposición de esta medida cautelar cuando, a juicio del tribunal, el imputado se encuentre en la imposibilidad manifiesta de presentar fiador, o no tenga capacidad económica para ofrecer la caución. En este caso la garantía la constituye el juramento del imputado o imputada.

4. Exigencias Comunes y Revocatoria

En todo caso en que se decrete una medida cautelar sustitutiva, el imputado se obligará, mediante acta firmada, a no ausentarse de la jurisdicción del tribunal o de la que éste le fije, y a presentarse al tribunal o ante la autoridad que el juez designe

en las oportunidades que se le señalen. A tal efecto señalará el lugar donde debe ser notificado, y bastará para ello que se le dirija allí la convocatoria.

La fianza se otorgará en acta que deberán firmar los que la presten y la autoridad judicial que la acepta.

Cuando se trate de delitos que estén sancionados con penas privativas de libertad cuyo límite máximo exceda de ocho años, el tribunal prohibirá la salida del país del imputado hasta la conclusión del proceso. Sólo en casos extremos plenamente justificados, podrá el tribunal autorizar la salida del imputado fuera del país por un lapso determinado.

El juez podrá igualmente aplicar otras medidas cautelares según las circunstancias del caso y mediante auto motivado.

Si el imputado apareciere fuera del lugar donde debe permanecer según el art. 246, o cuando aun permaneciendo en el mismo lugar no comparezca, sin motivo justificado, ante la autoridad judicial o del Ministerio Público que lo cite, o cuando incumpla, sin motivo justificado, una cualquiera de las presentaciones a que está obligado, puede ser objeto de una medida judicial de privación preventiva de libertad. En el sistema procesal penal del CEC el efecto habría sido la revocatoria del "beneficio" que permitiría que la medida de detención judicial recobrara su vigencia; en el régimen del COPP, dado que se había decretado una medida sustitutiva, su revocatoria podría dar lugar a la detención.

El tribunal debe ordenar lo necesario para garantizar el cumplimiento de las medidas a que se refiere el art. 242. En ningún caso pueden utilizarse estas medidas desnaturalizando su finalidad, o se impondrán otras cuyo cumplimiento sea imposible. En especial, debe evitarse la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación.

5. Examen y revisión de las medidas cautelares

El imputado puede solicitar la revocación o sustitución de la medida judicial de privación preventiva de libertad las veces que lo considere pertinente. En todo caso el juez deberá examinar la necesidad del mantenimiento de las medidas cautelares cada tres meses, y cuando lo estime prudente las sustituirá por otras menos gravosas.

Este régimen incrementa las garantías a favor del imputado pues permite la revisión de esa medida, independientemente de que en su momento haya sido confirmada por la Corte de Apelaciones ante la apelación del imputado o su defensor, lo cual resulta justificable pues si ya han cesado o desaparecido las razones que motivaron la detención u otra medida cautelar, no hay fundamento alguno para que éstas se mantengan.

La negativa del tribunal a revocar o sustituir la medida es inapelable, por lo que sólo podría atacarse a través de la acción de amparo constitucional.

EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO X

Para que pueda configurarse un proceso de corte acusatorio es menester que el ejercicio de las funciones básicas del proceso: acusar, defender y decidir, esté confiado a distintos sujetos. De tal manera que el juez, llamado a decidir, so pretexto de buscar la verdad material no intervenga en el desarrollo del juicio, pues si la investigación es un proceso psíquico y a menudo físico (CARNELUTTI), es natural que el investigador refleje interés por el resultado de aquella y ello propicia que se halle en la imposibilidad psicológica de enjuiciar imparcialmente su propia testificación, juzgar el valor o la carencia de valor de la propia percepción[1] . Sólo un juez dotado de capacidad sobrehumana podría sustraerse en su actividad decisoria a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigadora (SCHMIDT).

Por tanto, ante el riesgo de que se comprometa su imparcialidad el juez no debe ser más que un tercero ajeno a la función de persecución penal que, ante un conflicto entre partes, juzgue con base en las pruebas aportadas por éstas, si se ha cometido o no un delito y dicte la decisión pertinente.

En atención a esta problemática y en el entendido de que la parcialidad del juez atenta contra la justicia del fallo, el COPP parte de la base de que un sistema predominantemente acusatorio como el que desarrolla, pone una situación de conflicto entre dos partes: acusador y acusado que debe ser decidida por un órgano judicial independiente situado por encima de ambas, por ello separa las funciones de investigación y decisión. Tal separación se advierte en la división del procedimiento ordinario allí desarrollado en cinco grandes fases, en las que en mayor o menor medida se van a concretar los principios contenidos en el Título Preliminar del citado Código (oralidad, publicidad, inmediación, concentración, contradicción, igualdad, defensa y libre apreciación de las pruebas, entre otros):

1. La *fase preparatoria,* fundamentalmente investigativa, en la que destaca la intervención del Ministerio Público. Corresponde al fiscal la dirección de esta fase y, en consecuencia, los órganos de policía dependen funcionalmente de aquél.
2. La *fase intermedia* cuyo acto fundamental lo constituye la denominada audiencia preliminar en la que se delimitará el objeto del proceso, así, en esta etapa se determina si hay elementos suficientes para decretar el enjuiciamiento de la persona imputada o, si por el contrario, procede el sobreseimiento del proceso.

1 STEIN. Cit. por GRAU, Vergé (94). *La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*. José María Bosch Editor. Barcelona, España. p.25.

3. La *fase de juicio,* fase en la que se debe emitir el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto planteado.
4. La *fase de impugnación o recursiva* en la que se cuestionará la decisión de fondo emitida por los tribunales de juzgamiento. Cabe destacar que también son recurribles las decisiones interlocutorias con fuerza o no de definitiva dictadas por cualquiera de los tribunales de primera instancia (control, juicio y ejecución).
5. La *fase de ejecución* de las penas o medidas de seguridad impuestas, a cargo de un funcionario judicial (juez de ejecución) que se crea en este nuevo texto legal.

FASE PREPARATORIA XI

El COPP atribuye a dos órganos del Estado, respectivamente, las funciones de averiguar la verdad y decidir conforme a la ley sustantiva, de esta manera se garantiza, como afirma MAIER[1], que el imputado, a quien se reconoce como titular de derechos y deberes procesales, pueda defenderse eficazmente de la hipótesis delictiva que sostiene el Ministerio Público. En orden a formular esa hipótesis delictiva el Código adjetivo atribuye al Ministerio Público la dirección de la fase de investigación o fase preparatoria del proceso penal.

1. Inicio del proceso

No plantea el COPP mayores cambios en cuanto a los modos de proceder tradicionales, a saber, la investigación de oficio, la denuncia y la querella:

a. *Investigación de oficio:* Por ser el Ministerio Público el director de esta primera fase le corresponde el inicio de la investigación; en el caso de que la noticia de delito fuere recibida por los órganos de policía, éstos necesariamente deberán comunicarlo al Ministerio Público dentro de las doce horas siguientes. De conformidad con lo previsto en el COPP[2] los órganos de policía sólo estarían facultados para practicar "diligencias necesarias y urgentes dirigidas a identificar y ubicar a los autores y demás partícipes del hecho punible y al aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración".

b. A fin de permitir que los ciudadanos puedan contribuir con el mantenimiento de la paz social que se quebranta con la comisión de delitos, se conserva la *denuncia* como una facultad de poner en conocimiento de la autoridad competente la comisión de tales hechos, salvo las excepciones tradicionales, esto es, los casos de particulares, en los que la omisión de denunciar constituya delito (Vgr. omisión de socorro o encubrimiento), el caso de los funcionarios públicos que tuvieren noticia de la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones y los profesionales de la salud que llamados a prestar el auxilio de su arte o ciencia, tuvieren noticias de la comisión de ciertos delitos; fuera de esos tres casos de denuncia obligatoria, esta alternativa sigue consagrándose como una facultad, y por tanto el Código declara[3] que el denunciante no es parte en el proceso.

c. La *querella* es el acto mediante el cual la víctima ejerce la acción penal, pone en conocimiento del tribunal la presunta comisión de un delito y señala directamente a

1 MAIER, Julio (78). *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*. Ediciones Depalma, Buenos Aires. p. 96.
2 Conf. art. 266.
3 Conf. art. 273.

la persona a quien se atribuye su comisión. Con la admisión de la querella la víctima adquiere la condición de parte.

La regulación que de la querella hace el COPP prácticamente acaba con la acción popular que tradicionalmente se había mantenido en el sistema procesal venezolano y que permitía que "cualquier particular" agraviado o no se pudiera constituir en acusador[4]. El COPP declara que sólo la persona natural o jurídica que tenga la cualidad de víctima podrá querellarse. Sólo admite este sistema un caso de acción popular que tiene que ver con la violación de los derechos humanos por parte de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, es ese el único caso en que el Código posibilita que alguien distinto a la enumeración que expresamente hace el art. 121 pueda considerarse como querellante.

La querella debe contener, según el art. 276, los siguientes requisitos:

1. El nombre, apellido, edad, estado, profesión, domicilio o residencia de el o la querellante, y sus relaciones de parentesco con el querellado o querellada;
2. El nombre, apellido, edad, domicilio o residencia del querellado o querellada;
3. El delito que se le imputa, y del lugar, día y hora aproximada de su perpetración;
4. Una relación especificada de todas las circunstancias esenciales del hecho.

Tanto la denuncia como la querella pueden ser desestimadas por el juez de control, a pedido del Ministerio Público, en caso de que el hecho no revista carácter penal, la acción penal se encuentre evidentemente prescrita o exista un obstáculo para el desarrollo del proceso. A tales efectos, la solicitud debe ser formulada por el fiscal dentro de los treinta días continuos a la recepción de la denuncia o la querella.

2. Objeto

El COPP (art. 262 y ss.) atribuye al Ministerio Público la dirección de esta primera fase y, por esta vía, la preparación del juicio oral, en tal virtud, su labor fundamental será la búsqueda de la verdad, la recolección de todos los elementos de convicción orientados a determinar si existen o no razones para proponer la acusación contra una persona y solicitar su enjuiciamiento o, de otro modo, requerir el sobreseimiento. Al mismo tiempo debe posibilitarse la defensa del imputado.

El rol que el proceso penal tradicional ha exigido del Ministerio Público ha propiciado que éste no se forme en la actividad investigativa, por ello al atribuírsele la dirección de la fase preparatoria se le convierte en una "cabeza sin manos"[5], lo que hace necesario dotarle de auxiliares que lleven a cabo la recolección o la práctica de todas esas diligencias, en las que eventualmente se fundaría la acusación que en su momento deberá proponer ante el juez de control. Las manos de las cuales se va a dotar al Ministerio Público para desarrollar eficazmente su labor son los órganos de policía.

4 Conf. art. 100 del CEC.

5 ROXIN, Claus (69). "Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público". En *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Edit. Ad-Hoc. p. 54.

3. Relación Ministerio Público-Policía

Prevé el artículo 114 del COPP que el Ministerio Público dirige la actividad de los órganos de policía de investigaciones penales, en cuanto a la práctica de las diligencias conducentes a la determinación de los hechos punibles y a la identificación de sus autores y partícipes.

Dada su condición de director de la fase preparatoria y, por tanto, de los órganos de policía, el Ministerio Público puede ordenarles la práctica de inspecciones sobre personas, lugares y objetos y, al mismo tiempo, previa autorización del juez de control, ordenar la ocupación de la correspondencia, documentos, títulos y valores cuando existan fundadas razones para creer que los mismos guardan relación con el hecho que se investiga y la interceptación de comunicaciones telefónicas o allanamiento del hogar doméstico.

No obstante mantenerse la relación jerárquica de los órganos policiales respecto de la autoridad de la cual dependen, a fin de que la relación entre estos dos sujetos procesales pueda desarrollarse cabalmente, el texto adjetivo le atribuye al Ministerio Público facultades disciplinarias.

Los problemas originados a raíz de las relaciones entre Ministerio Público y policía no han sido de fácil solución, de allí que autores como GÖSSEL[6] opinen que el Ministerio Público no es ningún funcionario de investigación en los delitos de pequeña y mediana gravedad, sino, al contrario, un funcionario que trabaja las actas. Ello quiere decir que el fiscal, en la gran mayoría de los casos criminales, es enterado de la existencia del procedimiento sólo después de la conclusión de las investigaciones policiales, por lo que no puede modificar demasiado el resultado de la averiguación policial con las investigaciones por él dispuestas, por esa razón concluye que debe concedérsele a la policía responsabilidad propia en el ámbito de la conducción de la investigación fáctica en virtud del progreso técnico, de sus nuevas y crecientes tareas, y de la estructura personal mejorada, como también por su pericia superior, en comparación con el Ministerio Público.

La postura de GÖSSEL, resulta apropiada en el contexto de un sistema procesal penal tradicional[7] no así en un sistema fundamentalmente acusatorio, de allí que

> el mejor correctivo se encuentra en una transformación de ambas instituciones. El fiscal debe realizar y dirigir la investigación, es decir, debe dejar el escritorio y las actas para colocarse al frente de la investigación. Sólo así podrá contribuir efectivamente a mejorar la investigación policial desde todo punto de vista. Por su parte, la policía debe comprender que el fiscal está del lado de la justicia, de la aplicación correcta de la ley penal y que a esta última le interesa tanto la condena del culpable cuanto la absolución del inocente.

6 Cit. por GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. "La investigación preparatoria del Ministerio Público en el nuevo proceso penal costarricense", en Ministerio Público, Pena y Estado. p. 84.

7 Ídem. p. 84.

En todo caso, para que la investigación y recolección de los elementos de convicción y el aseguramiento de las fuentes de prueba sea más eficiente, debe el Ministerio Público orientar jurídicamente la labor de la policía, fundamentalmente en lo que respecta a las garantías procesales y derechos fundamentales.

4. Alcance

Conforme a la previsión del art. 263 el Ministerio Público en el curso de la investigación está obligado, no sólo a hacer constar circunstancias útiles para fundar la inculpación del sujeto, sino también circunstancias que puedan exculparle, y que en este último caso, estará obligado a facilitar al imputado los datos que le favorezcan, con ello se mantiene el carácter de "parte de buena fe" que ha caracterizado la labor del Ministerio Público, pues de conformidad con el sistema que contempla el COPP, la labor del Ministerio Público debe estar orientada a la *búsqueda de la verdad*. Esa búsqueda de la verdad debe desarrollarse con imparcialidad y, en consecuencia, puede suponer la práctica de diligencias favorables al imputado, como también circunstancias que le desfavorezcan. Con esto se procura asegurar la objetividad del Ministerio Público en el cumplimiento de su función, reconociéndose así que la persecución penal pública es una labor imparcial del Estado, cuyo fin es la justa actuación del derecho sobre la base de la averiguación de la verdad del comportamiento imputado[8].

La intervención del Ministerio Público como parte de buena fe que dirige su actividad a la búsqueda de la verdad, comienza a concretarse desde la fase preparatoria, y se va a mantener hasta la fase de ejecución, pues éste podría solicitar el sobreseimiento de la causa, pedir una sentencia absolutoria, y en la fase de ejecución plantear incidentes referidos a la extinción de la pena, por ejemplo, invocando el principio de favorabilidad de la ley penal posterior.

5. Límites en la actuación del Ministerio Público

El COPP establece un control judicial para las actuaciones del Ministerio Público, pues éste no puede por sí mismo acordar medidas que puedan constituir una lesión a derechos constitucionales, como es el caso de la privación preventiva de libertad y otras medidas de coerción personal o la lesión a cualquier otra garantía constitucional como la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia o las comunicaciones. En estos casos, cualquier limitación requiere la autorización previa del juez de control, cuya intervención se concreta en la primera y segunda fase del proceso.

El control judicial también se concreta en la autorización que el Ministerio Público requiere, para prescindir del ejercicio de la acción penal invocando un criterio de

8 MAIER, Julio (78). *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*. p. 102.

oportunidad y, en el examen que sobre el archivo fiscal puede efectuar el juez de control, a pedido de la víctima.

Es probable que durante esta fase el Ministerio Público o cualquiera de las partes requiera al juez de control la práctica de algún reconocimiento, inspección o experticia, que, por su naturaleza y características, deben ser considerados como actos definitivos e irreproducibles o que deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio. Son estas las denominadas pruebas anticipadas. En estos casos a fin de que la prueba pueda ser apreciada, debe haber existido la posibilidad de controlarla por parte de aquél contra quien obraría.

6. Carácter reservado de las actuaciones

De conformidad con el vigente Código adjetivo, los actos de investigación practicados en la fase preparatoria son reservados para los terceros, no así para el imputado, su defensor, la víctima (querellante o no) o sus apoderados con poder especial. Con esta previsión el COPP adelanta el acto de la defensa formal a esta fase inicial del proceso y se concreta el principio constitucional, según el cual la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

Si los sujetos de la investigación fueren funcionarios de organismos de seguridad del Estado o se presume la participación de éstos, la Defensoría del Pueblo puede tener acceso a las actuaciones. En todo caso los funcionarios que participen o tengan acceso a la investigación y las personas que por cualquier motivo tengan conocimiento de ella, están en la obligación de guardar reserva de la información.

Cabe la posibilidad de que el Ministerio Público, como director de la fase de investigación, y siempre que la publicidad la entorpezca, pueda disponer la reserva total o parcial de esas actuaciones por un plazo que en ningún caso puede superar los quince días continuos. En tal caso, prevé el COPP[9] que cualquiera de las partes –incluida la víctima no querellante– podría dirigirse al juez de control para solicitarle que examine los fundamentos de esa resolución y ponga fin a la reserva. Debe considerarse que en este caso está en juego un derecho fundamental como lo es el derecho a la defensa, por lo que el juez de control podría estimar que no es necesaria la reserva y en consecuencia, hacerla cesar.

Aún cuando el Ministerio Público no hubiere decretado la reserva de las actuaciones, si la eficacia de un acto de investigación en particular depende de la reserva parcial de las actuaciones, el fiscal puede disponerla indicando los actos a los cuales se refiere. En este caso la reserva no puede exceder las cuarenta y ocho horas

El imputado, demás personas a quienes se les haya dado intervención en el proceso y sus representantes, pueden solicitar al fiscal la práctica de diligencias para el

9 Conf. art. 286.

esclarecimiento de los hechos. El Ministerio Público las llevará a cabo si las considera pertinentes y útiles, debiendo dejar constancia de su opinión contraria, a los efectos que ulteriormente correspondan. A la práctica de estos actos y de los demás que disponga el fiscal podrá permitirse la asistencia del imputado, la víctima y de sus representantes, cuando su presencia fuere útil para el esclarecimiento de los hechos y no perjudique el éxito de la investigación o impida una pronta y regular actuación.

Durante el curso de la investigación el Ministerio Público puede exigir informaciones de cualquier particular o funcionario público, emplazándolos conforme a las circunstancias del caso, y practicar por sí o hacer practicar por funcionarios policiales, cualquiera clase de diligencias. Los funcionarios policiales están obligados a satisfacer el requerimiento del Ministerio Público. Igualmente puede el fiscal solicitar información a cualquier empresa u organismo público o privado que preste servicios de telecomunicaciones, bancarios o financieros. En caso de necesidad y urgencia tales informaciones pueden ser requeridas por el órgano de investigaciones penales, previa autorización por cualquier medio del Ministerio Público. En cualquier caso la información debe ser suministrada en el plazo requerido o en tiempo real.

Los entes públicos o privados que presten servicio de telecomunicaciones, bancarios o financieros, están obligados a mantener unidades permanentes las veinticuatro horas del día y los siete días de la semana, encargadas de procesar y suministrar el registro de ubicación y la data requerida por el Ministerio Público. Según dispone el artículo 291 del COPP a estos efectos se entiende por data, información o registro de ubicación, en tiempo real, "aquella que pueda ser suministrada al Ministerio Público o a las autoridades encargadas de la investigación, de manera inmediata al momento en que el hecho objeto de investigación se encuentra en desarrollo".

Si la información suministrada no es veraz o no se suministra en el plazo indicado, el Ministerio Público ejercerá las acciones conducentes para aplicar las sanciones establecidas en las leyes respectivas.

El tribunal de control, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar que cualquier ciudadano sea conducido por la fuerza pública en forma inmediata ante el funcionario del Ministerio Público que solicitó la conducción, con el debido respeto de sus derechos constitucionales, a fin de ser entrevistado por aquel sobre los hechos que se investigan. El conducido será llevado en forma inmediata ante el Ministerio Público para dar cumplimiento al objeto de su requerimiento, en un plazo que no excederá de ocho horas contadas a partir de la conducción por la fuerza pública. Por cuanto esta institución que se incorporó en la reforma al COPP del año 2001 no distingue entre las personas que podrían ser objeto del mandato de conducción, consideramos que podría ser aplicada no sólo a los testigos sino incluso al imputado contumaz.

Los objetos recogidos o que se incautaron y que no son imprescindibles para la investigación deben ser devueltos por el Ministerio Público lo antes posible; no obstante, en caso de retraso injustificado de este funcionario, las partes o los terceros

interesados pueden acudir ante el juez de control solicitando su devolución, sin perjuicio de la responsabilidad civil, administrativa y disciplinaria en que pueda incurrir el fiscal si la demora le es imputable. Verificada la entrega el juez o el Ministerio Público impondrán al solicitante la obligación de presentarlos cada vez que sean requeridos. Serán sancionados por desobediencia a la autoridad, conforme a lo dispuesto en el Código Penal, las autoridades competentes que no den cumplimiento inmediato a la orden que en este sentido impartan el juez o el Fiscal.

7. Duración

El establecimiento de términos mínimo y máximo para la duración del proceso y, específicamente, para la fase investigativa evita, como lo indica CAFFERATA NORES[10] "que el tiempo provoque injusticias por decisiones tardías o prematuras", como ello se procura además garantizar los siguientes derechos fundamentales:

a) Derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable, derecho este que según ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos opera como una protección "contra la excesiva lentitud del procedimiento", y evita "que la incertidumbre del inculpado sobre su situación se mantenga demasiado tiempo", por tanto esta garantía no se limita a la protección de la libertad de la persona sometida a proceso.

b) Presunción de inocencia, pues como se asentó en un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 1997, si "se dedica un período de tiempo ilimitado a la resolución de una cuestión criminal, se asumirá de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables, y en consecuencia, carecería de importancia el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad".

c) Derecho a un juicio sin dilaciones indebidas. Según el Comité de Derechos Humanos de la ONU, este derecho contemplado en el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos supone que "*todas las fases del proceso* deben celebrarse sin dilaciones indebidas" (cursivas nuestras).

Conforme a lo dispuesto en el Código adjetivo (art. 295), el Ministerio Público en su condición de director de la investigación y parte de buena fe, debe procurar dar término a la fase preparatoria con la diligencia que el caso requiera, ello implica que tal etapa del proceso está sometida a limitaciones temporales que variarán en función de que el imputado se encuentre o no sometido a medidas de coerción personal y, en este último caso, si se trata de la privación judicial preventiva de libertad o de medidas cautelares sustitutivas. En tal virtud, una vez transcurridos ocho meses contados a partir de la individualización del imputado, surge el derecho para éste y para la víctima de requerir al juez de control la fijación de un plazo prudencial al Ministerio Público, no menor de treinta días ni mayor de cuatenta y cinco días para la

10 CAFFERATA NORES, José (2000). *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Editores del Puerto, S.R.L., Buenos Aires, Argentina. p.83.

conclusión de la investigación. A los efectos de la fijación de este plazo, el juez, dentro de las veinticuatro horas contadas a partir del recibo de la solicitud, deberá fijar una audiencia a realizarse dentro de los diez días siguientes, para oír al Ministerio Público, al imputado y a su defensa debiendo tomar en consideración la magnitud del daño causado, la complejidad de la investigación, y cualquier otra circunstancia que a su juicio permita alcanzar la finalidad del proceso. No procede tal solicitud en las causas que se refieran a la investigación de los delitos de homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, corrupción, delitos que causen daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra. El plazo prudencial al que se refiere la norma no podrá ser menor de un año ni mayor de dos.[11]

Si alguna de las partes no comparece al acto, tal inasistencia no es motivo de suspensión de la audiencia.

Ahora bien, mediante fallo N° 902 del 14 de diciembre de 2018, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al conocer de una acción de amparo constitucional, contra la actuación de un Fiscal Superior que ratificó la solicitud de sobreseimiento formulada por un fiscal del proceso y que fue declarada con lugar por un tribunal en funciones de control, decide reponer la causa a la oportunidad procesal de remitirla a otro fiscal del Ministerio Público, diferente al que conoció de la investigación, para que continúe la investigación y en la oportunidad correspondiente formule el acto conclusivo a que haya lugar. Con ocasión del asunto sometido a consideración de la Sala, esta analiza el contenido de los artículos 295 y 296 del COPP y extiende a los procedimientos ordinario y especial por delitos menos graves contemplados en el Código adjetivo penal, el criterio ya establecido en materia de delitos de género y, en tal virtud, establece con carácter vinculante *"que, en el procedimiento penal ordinario y en el procedimiento especial por delitos menos graves, previstos en el Código Orgánico Procesal Penal, la víctima -directa o indirecta- de los hechos punibles investigados en dichos procesos, puede, con prescindencia del Ministerio Público, presentar acusación particular propia contra el imputado, cuando ese órgano fiscal no haya presentado el correspondiente acto conclusivo dentro: i) del lapso de ocho (8) meses, seguido del denominado plazo prudencial que fije el Tribunal en Funciones de Control en atención al tipo penal objeto del proceso, establecido en el artículo 295 eiusdem, en el procedimiento ordinario; ii) del lapso de*

11 Tal enumeración, que tiene entre sus fundamentos la declaratoria de imprescriptibilidad contemplada en los artículos 29 y 271 de la Constitución de la República, como excepción que es, debe ser interpretada restrictivamente, de allí que la indeterminación en la precisión de los delitos conexos a los expresamente señalados, excede la previsión constitucional y puede resultar lesiva, entre otras garantías, del derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable. Así lo hemos sostenido en "Efectos del vencimiento de los plazos para la presentación de los actos conclusivos", IX Jornadas de Derecho Procesal Penal, Estado Actual del proceso Penal Venezolano, Situación de las Leyes Especiales. UCAB, Caracas, 2006. p. 351.

sesenta (60) días continuos, previsto en el artículo 363 ibídem, en el procedimiento especial por delitos menos graves."

Siguiendo lo que se ha convertido en una práctica constante del Tribunal Supremo de Justicia y particularmente de la Sala Constitucional, esta "legisla" y a tales efectos desarrolla cuál debe ser el trámite a seguir en caso de que ante la inactividad del fiscal, la víctima presente la acusación particular propia, regulación con la cual de facto consagra una "conversión" de la acción pública en privada y así dispone que:

> (…) si la víctima ejerce su derecho a presentar la acusación particular propia en forma oportuna, se celebrará la audiencia preliminar en la cual se verificará que el libelo acusatorio cumpla con los requisitos de ley, de forma y de fondo, para su admisión. En tal sentido, el Juez o Jueza en Funciones de Control respectivo deberá requerirle al Ministerio Público, antes de la celebración de la audiencia preliminar, la remisión inmediata del expediente contentivo de la investigación.
>
> Considera necesario esta Sala precisar, que al estar regido el procedimiento ordinario por el principio de libertad de prueba, preceptuado en el artículo 182 del Código Orgánico Procesal Penal, la víctima tendrá la mayor amplitud en su actividad probatoria en el ejercicio de la acusación particular propia, en cumplimiento de los requisitos de pertinencia, utilidad, necesidad y licitud. Asimismo, en el caso de que no existieren suficientes diligencias de investigación para proponer la acusación particular propia, la víctima podrá acudir al Juzgado en Funciones de Control, para que, a través de la figura del auxilio judicial, se recaben elementos de convicción que permitan la interposición del libelo acusatorio.
>
> En este sentido, interpuesta la acusación particular propia por parte de la víctima, si el Ministerio Público no ha acusado, podrá actuar dentro del proceso penal para facilitar la evacuación de los medios de prueba que fueron admitidos en la fase preparatoria. Cualquier conflicto de intereses que se presente en esta fase entre el Ministerio Público y la víctima, deberá ser resuelto por el Juez o Jueza que conozca de la causa penal, en su condición de director del proceso.
>
> En el supuesto que el Ministerio Público solicite el sobreseimiento de la causa, la víctima (previamente notificada) podrá presentar –si a bien lo tiene- su acusación particular propia, en cuyo caso, el Juez o Jueza en Funciones de Control para decidir convocará a las partes para la audiencia preliminar, prevista en los artículos 309 y 365 del Código Orgánico Procesal Penal.
>
> Para aquellos casos en que se decrete el archivo fiscal, el Ministerio Público deberá notificar al Juez o Jueza en Funciones de Control, así como a la víctima, a fin de que esta última pueda presentar acusación particular propia en los términos antes establecidos, o solicitar en cualquier momento, el examen y revisión de los fundamentos que motivaron el archivo; y si el tribunal estima procedente la solicitud de la víctima ordenará el envío de las actuaciones a la Fiscalía Superior para que ordene a otro u otra Fiscal que continúe con la investigación, todo ello sin perjuicio de que la víctima pueda presentar la acusación particular propia, si el Ministerio Público no concluye la investigación dentro de los lapsos establecidos en la ley.

Si la víctima omite presentar la acusación particular propia en los lapsos establecidos para cada procedimiento, el juez en funciones de control deberá decretar el archivo judicial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 296 o 364 del Código Orgánico Procesal Penal, según corresponda. Tal archivo comporta el cese inmediato de todas las medidas de coerción personal, cautelares y de aseguramiento impuestas y la condición de imputado. En estos casos, la investigación sólo podrá ser reabierta cuando surjan nuevos elementos que lo justifiquen, previa autorización del juez o jueza.

8. Actos conclusivos

Esta primera fase a cargo del Ministerio Público puede concluir de tres maneras:

a. Con el archivo de las actuaciones por parte del Ministerio Público, lo que el Código denomina *archivo fiscal;*

b. Con la solicitud de *sobreseimiento* que efectúe el fiscal del Ministerio Público ante el juez de control; y,

c. Con la proposición de la *acusación,* acto que daría lugar a la apertura de la fase intermedia.

8.1. Archivo fiscal

Si el fiscal del Ministerio Público, una vez desarrollada la investigación, estima que no hay elementos suficientes para proponer la acusación, decretará el *archivo.* Esto no evita la posibilidad de que posteriormente se pueda reabrir esa investigación si aparecieren nuevos elementos de convicción.

El archivo deberá ser notificado a la víctima que haya intervenido en el proceso, obviamente ello supone una víctima individualizada; si esa víctima ha intervenido en el proceso, debe notificársele y el Código reconoce un "recurso" a su favor, dado que ésta tiene la posibilidad de solicitar al juez de control que examine los fundamentos del archivo. En este caso el juez ejerce un control jurisdiccional sobre la legalidad de la actuación del Ministerio Público, pues, el deber jurídico que implica la persecución penal para el funcionario del Ministerio Público quedaría a su sola merced si su dictamen liberatorio de la persecución tuviera de por sí fuerza ejecutiva y no fuera controlado por un órgano judicial independiente de él y sólo subordinado a la ley[12]. Si este juez estima que la solicitud de la víctima está fundada, debe declararlo y remitir las actuaciones al Fiscal Superior para que éste ordene a otro fiscal de proceso realizar lo pertinente, es decir, el nuevo fiscal que recibe las actuaciones, analizado su contenido, podrá disponer la práctica de otros actos de investigación y presentar un acto conclusivo.

12 MAIER. ob. cit. p. 55

Indudablemente que el recurso de la víctima ante el juez de control podría cumplir, como afirma ESER[13], un efecto preventivo pues, "ningún fiscal ve con agrado el exponerse a un procedimiento de provocación de la acción, sólo se abstendrá de iniciar un procedimiento oficial en casos verdaderamente fundados".

8.2. Sobreseimiento

La segunda forma de concluir esta fase es con el sobreseimiento que puede solicitar el fiscal ante el juez de control.

El sobreseimiento es una resolución judicial fundada mediante la cual se decide la finalización de un proceso criminal respecto de uno o de varios imputados determinados, con anterioridad al momento en que la sentencia definitiva cobre autoridad de cosa juzgada, por mediar una causal que impide en forma concluyente la continuación de la persecución penal[14].

El sobreseimiento se caracteriza por ser:

a. Un pronunciamiento judicial, aún cuando se acuerde por solicitud del fiscal del proceso (art. 302 del COPP) o por disposición del fiscal superior del Ministerio Público (art. 323 *ejusdem*).

b. Fundado, pues debe dictarse cuando está acreditada alguna de las circunstancias previstas en el art. 300.

c. Se dicta respecto de las personas y no en cuanto a los hechos.

d. Recurrible, toda vez que las partes que se consideren agraviadas por este pronunciamiento pueden impugnarlo.

e. Tiene autoridad de cosa juzgada, pues impide la posterior apertura de un proceso con los mismos sujetos respecto del mismo hecho.

8.2.1. Clasificación

Son diversas las clasificaciones del sobreseimiento aportadas por la doctrina, sin embargo, las más comunes son las siguientes:

a. Definitivo o provisional, según ponga fin al proceso o permita su posterior reanudación, si aparecieren nuevos elementos de la comisión del delito o de la responsabilidad del autor. Mientras el sobreseimiento libre o definitivo impide que el imputado quede expuesto a una posterior reapertura de la causa, el provisional consiste "en una suspensión o paralización del proceso por faltar pruebas sobre la existencia del hecho delictivo o sobre su atribución a una determinada persona"[15]. En el COPP

13 ESER, Albin. ob. cit. p. 27.

14 JARQUE, Gabriel Darío (97). *El Sobreseimiento en el Proceso Penal*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. p. 2-3.

15 ARMENTA. Lecciones... p.214

sólo está regulado el sobreseimiento definitivo, pues la función del sobreseimiento provisional, la cumple el archivo fiscal. En efecto durante la formación del COPP se planteó establecer como uno de los actos conclusivos de la fase preparatoria el sobreseimiento provisional, sin embargo, tal propuesta fue descartada por considerarse que esa institución era ajena a la tradición jurídica venezolana y se optó por la fórmula del archivo fiscal[16]; no obstante la jurisprudencia del Máximo Tribunal ha considerado que procede el decreto de sobreseimiento provisional cuando se declara con lugar la excepción prevista en el literal i del numeral 4 del art. 28 del COPP[17].

b. Total o parcial, según abarque o no a todos los imputados y a todas las imputaciones efectuadas en el proceso.

c. De oficio o a solicitud de parte, según lo decrete el tribunal por iniciativa propia como es el caso del num. 3 del art. 313 del COPP o previa solicitud del fiscal (art. 302).

d. Facultativo u obligatorio. Decretar el sobreseimiento es por regla general una facultad jurisdiccional que debe ejercerse cuando concurra alguno de los supuestos del art. 302; no obstante que el art.305 del COPP establece que, en caso de que el fiscal superior ratifique el pedido de sobreseimiento que hubiere efectuado el fiscal del proceso, el juez de control "deberá" dictar el sobreseimiento, aún cuando puede dejar a salvo su opinión en contrario, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (fallo No. 537 del 12/07/2017) suspendió cautelarmente el único aparte de tal disposición normativa. Los fundamentos para tal suspensión contrarían el criterio sentado por la misma Sala en sentencia Nº 2407 del 1º de agosto de 2005, en la que había declarado que el incumplimiento por parte del juez de control de la obligación legal de sobreseer cuando el pedimento es ratificado por el Fiscal Superior podría constituir desacato, al disponer:

> Así se aprecia que, posteriormente la solicitud de sobreseimiento fue ratificada, motivadamente por la Fiscalía Superior y; sin embargo, el juez de la causa, obviando lo dispuesto en el artículo *supra* transcrito, declaró improcedente dicha solicitud. En este orden de ideas, la Sala considera que en el presente caso tal situación podría constituir un incumplimiento de una obligación legal que conllevaría, de ser el caso, a declarar un desacato por parte del Juzgado accionado, lo cual tendría que ser valorado por el Juez Constitucional, a través de la acción de amparo, y no como erradamente lo sostuvo el *a quo*, por la vía de la apelación, ya que tal decisión –que niega el sobreseimiento–, en todo caso, le podría causar un agravio es al imputado.

Sin embargo, mediante sentencia N° 537 de 12 de julio de 2017, la Sala Constitucional, al conocer de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad, conjuntamente con medida cautelar innominada, contra el artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal interpuesta en fecha 13 de junio de 2017, bajo el argumento de "no comprometer la independencia de la actuación de los jueces y juezas que integran

16 Por su parte la LOPNNA en su art. 562 si regula la figura del sobreseimiento provisional, cuando resulte insuficiente lo actuado y no exista posibilidad inmediata de incorporar nuevos elementos que permitan el ejercicio de la acción. Tal sobreseimiento deviene en definitivo cuando transcurrido un año de dictado el sobreseimiento provisional no se hubiere solicitado la reapertura del procedimiento.

17 En este sentido sentencia de la Sala Constitucional de fecha 21 de abril de 2003.

el sistema de justicia penal, así como a las víctimas en los procesos penales", y a los fines de evitar que durante la tramitación de la causa "se dicten actos que vulneren derechos constitucionales que pueden dejar ilusoria la ejecución del fallo de fondo", acordó la suspensión cautelar del único aparte del referido artículo 305, hasta tanto esta Sala dicte sentencia definitiva en la referida causa.

En razón de lo anterior, la Sala estableció en forma temporal "un régimen procesal transitorio, referido a la señalada suspensión, esto es, que **no decretado el sobreseimiento**, el Juez debe ordenar al Ministerio Público continuar con la investigación, sin perjuicio de su autonomía para concluir la investigación nuevamente", por tanto, el artículo 305 debe leerse de la siguiente manera:

> "Presentada la solicitud de sobreseimiento, el Juez o Jueza la decidirá dentro de un lapso de cuarenta y cinco días. La decisión dictada por el Tribunal deberá ser notificada a las partes y a la víctima aunque no se haya querellado".

En el mismo sentido, en el fallo N° 487 del 26 de julio de 2018, la referida Sala declaró que "… es evidente que el único aparte del artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal, al obligar al Juez de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Control a dictar una decisión de sobreseimiento, previamente solicitada por la Representación del Ministerio Público, en la cual no está de acuerdo, permitiéndosele únicamente salvar su opinión, atentando contra la autonomía funcional del Juez o Jueza Penal."

8.2.2. Causales

El COPP prevé en el art. 300 cuatro supuestos en los que el fiscal deberá solicitar al juez de control el sobreseimiento:

1. El hecho objeto del proceso no se realizó o no puede atribuírsele al imputado o imputada;

Si uno de los objetos del proceso y, básicamente de la fase preparatoria, es la comprobación del hecho punible presuntamente cometido, en caso de que el hecho que motivó la apertura del proceso no hubiere existido o se determina que el imputado no es el responsable de el, esto es, no es autor ni partícipe del hecho de que se trata, procede la conclusión del proceso a través de la figura del sobreseimiento.

2. El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, inculpabilidad o de no punibilidad;

Esta causal permite al fiscal introducirse en la teoría del hecho punible y analizar la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad del comportamiento del imputado, es decir, debe el fiscal inicialmente apreciar si el hecho que ha investigado encuadra o no en algún tipo penal; si ese hecho es o no contrario al ordenamiento jurídico, si está amparado por alguna causa de inculpabilidad o si, a pesar de tratarse de un hecho típico, antijurídico y culpable, el legislador prescinde de la imposición de

la pena (prescindencia esta que se fundamenta en razones de política criminal. Vgr. casos del art. 481 del CP).

3. La acción penal se ha extinguido o resulta acreditada la cosa juzgada;

Respecto de este motivo, deben interpretarse armónicamente las previsiones del art. 49 del COPP (extinción de la acción penal) y art. 103 y ss. del CP (extinción de la responsabilidad penal).

El art. 49 del COPP enumera como causales de extinción de la acción penal:

1. La muerte del imputado o imputada;
2. La amnistía;
3. El desistimiento o el abandono de la acusación privada en los delitos de instancia de parte agraviada;
4. El pago del máximo de la multa, previa la admisión del hecho, en los hechos punibles que tengan asignada esa pena;
5. La aplicación de un criterio de oportunidad, en los supuestos y formas previstos en este Código;
6. El cumplimiento de los acuerdos reparatorios;
7. El cumplimiento las obligaciones y del plazo de suspensión condicional del proceso, luego de verificado por el Juez o jueza, en la audiencia respectiva;
8. La prescripción, salvo que el imputado o imputada renuncie a ella, o se encuentre evadido o prófugo de la justicia por alguno de los delitos señalados en el último aparte del art. 43 de este Código.

1. Indudablemente que la muerte del imputado debe constituir una causal de extinción de la acción penal, pues ante la falta de este sujeto procesal principal que es objeto de la imputación, no puede haber proceso. En el caso de que hubiere coimputados, el proceso deberá continuar respecto de los demás.

2. La amnistía, como una manifestación del derecho de gracia, permite que el órgano legislativo, único facultado para crear delitos y penas, a través de una ley especial pueda perdonar el delito; por tanto, si no hay delito no puede haber proceso.

3. En los delitos de acción dependiente de instancia de parte agraviada el Estado delega en la víctima el ejercicio de la acción, por ello si aquella desiste del procedimiento, al no haber un sujeto que le inste, este no puede continuar.

4. Si el delito imputado mereciere una pena pecuniaria y el imputado o imputada hubiere pagado el máximo de la multa, no cabe la continuación del proceso, por cuanto ya no sería posible ejecutar la pena si llegare a imponerse una sentencia condenatoria. Debe destacarse que esta causal en la práctica forense es inaplicable por cuanto lo represivo de la legislación penal venezolana ha relegado la pena de multa para delitos leves y faltas que de ordinario no se denuncian ante las autoridades competentes.

5. La autorización del juez de control al fiscal del Ministerio Público a fin de que haga uso de un criterio de oportunidad extingue la acción penal. Si se tratare del caso previsto en el art. 40, el efecto no es la extinción de la acción, pues a partir de la reforma de 2001 pasó a ser una circunstancia atenuante.

6. La aprobación del acuerdo reparatorio por parte del juez de control o el cumplimiento de la reparación acordada, en caso de que se le hubiere fijado un plazo, generan también la extinción de la acción penal, pues ya se habría cumplido uno de los objetivos del proceso penal, cual es la reparación del daño causado a la víctima.

7. Si se hubiere suspendido el proceso, fijándose un período de prueba al imputado o imputada, la verificación del cumplimiento de las condiciones durante el régimen de prueba da lugar a la extinción de la acción penal.

8. La prescripción de la acción penal pone fin al proceso; no obstante, establece el COPP la posibilidad de que el imputado renuncie a ella, tal posibilidad constituye una novedad en el sistema venezolano, toda vez que tradicionalmente la prescripción ha sido considerada una institución concebida en interés público cuya declaratoria debía efectuar el juez aún en contra de la voluntad del sometido a proceso.

4. A pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación, y no haya bases para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado o imputada.

Si no existe un "fundamento serio" no es posible la proposición de la acusación, por tanto, si no es posible que puedan incorporarse nuevos elementos a la investigación y los recabados son insuficientes para solicitar el enjuiciamiento público del imputado, el fiscal del Ministerio Público debe solicitar la declaratoria de sobreseimiento; lo contrario supondría el someter al imputado a un proceso carente de fundamento que irremediablemente desencadenará en una sentencia absolutoria, exponiéndolo, no obstante a la "pena de banquillo".

8.2.3. Requisitos

Conforme a lo previsto en el art. 306 del COPP, el auto por el cual se ordene el sobreseimiento de la causa debe reunir los siguientes requisitos:

1. El nombre y apellido del imputado o imputada;

Con esta exigencia se persigue la identificación inequívoca del imputado o imputada; a tal efecto, deberá atenderse a la identificación verificada con base en la regla del art. 128 del COPP, es decir, a través de sus datos personales y señas particulares.

2. La descripción del hecho objeto de la investigación;

En resguardo del principio *ne bis in idem*, debe determinarse el hecho que motivó el inicio del proceso. Tal determinación, cuando el sobreseimiento se dicta en la audiencia preliminar, deberá estar referida a la imputación hecha en la acusación por el Ministerio Público.

3. Las razones de hecho y de derecho en que se funda la decisión, con indicación de las disposiciones legales aplicadas;

Este requisito supone que el juez deberá indicar en la decisión las razones que le llevaron al convencimiento de que está acreditada la causal de sobreseimiento, detallándolas una a una.

4. El dispositivo de la decisión.

Ese dispositivo debe necesariamente guardar relación con los fundamentos antes esgrimidos que motivaron el decreto de sobreseimiento respecto del o los imputados.

8.2.4. Oportunidad procesal

El sobreseimiento puede ser dictado durante la fase preparatoria, si en el transcurso de esta se autorizare al fiscal para prescindir del ejercicio de la acción penal, se aprobare un acuerdo reparatorio, se cumpliere el plazo de la suspensión condicional del proceso o, en fin, se verificare cualquiera de las causales de extinción de la acción penal que desarrolla el art. 49 del COPP; de la misma manera puede declararse una vez concluida la fase preparatoria con base en el pedimento fiscal; en la fase intermedia, al término de la audiencia preliminar, o en la fase del juicio oral, concluido el debate, pues a tenor de lo previsto en el art. 157[18] y num. 5 del art. 346[19] del COPP, el sobreseimiento puede dictarse mediante sentencia.

Hasta la reforma de 2012, el COPP establecía que solicitado el sobreseimiento el Tribunal debía convocar una audiencia para resolver sobre el fundamento de la petición. La jurisprudencia del Máximo Tribunal había ratificado la obligatoriedad de celebración de la audiencia, de la cual sólo podría prescindirse por razones fundadas[20]. A partir de esa reforma y bajo el argumento de "evitar trabas en el proceso" (Vid. Exposición de Motivos) se elimina la exigencia de la audiencia y prevé el artículo 305 que el Juez o Jueza debe decidir la solicitud de sobreseimiento dentro de un lapso de cuarenta y cinco días. La decisión dictada debe ser notificada a las partes y a la víctima aunque no se haya querellado.

Si bien el único aparte del art. 305 del COPP establece que si el juez no comparte la solicitud formulada por el fiscal del proceso, debe enviar las actuaciones al Fiscal Superior del Ministerio Público para que éste, mediante pronunciamiento motivado, ratifique o rectifique la petición fiscal. Si el Fiscal Superior ratifica la solicitud de sobreseimiento el juez debe decretarlo pudiendo dejar a salvo su opinión en contrario[21] y que si el Fiscal Superior no está de acuerdo con la solicitud debe ordenar a otro fiscal continuar con la investigación o dictar algún acto conclusivo, la aplicación de tal aparte fue suspendida por sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 13 de junio de 2017.

---

18 "…Se dictará sentencia para absolver, condenar o sobreseer…".

19 "La sentencia contendrá: 5. La decisión expresa sobre el sobreseimiento, absolución o condena del acusado o acusada, especificándose en este caso con claridad las sanciones que se impongan…".

20 Vid. VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly. Efectos del vencimiento…p. 341 y ss.

21 Según sentencia N° 2407 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 1º de agosto de 2005, el incumplimiento de tal obligación legal por parte del juez de control, podría constituir desacato.

En este punto se advierte la carencia de regulación en torno al caso de que el fiscal del proceso a quien se remiten las actuaciones solicitare igualmente el sobreseimiento, circunstancia que podría conducir a una cadena interminable de incidencias en este sentido si los jueces de control que deban intervenir[22] manifestaren su desacuerdo con la solicitud fiscal.

8.2.5.Efectos

a. La decisión a través de la cual se decreta el sobreseimiento tiene autoridad de cosa juzgada, en consecuencia, firme tal decisión, no es posible la apertura de un proceso con identidad en la persona y en el objeto.

b. Puesto que el sobreseimiento pone fin al proceso respecto de la persona en cuyo favor se decreta, una vez dictado deben cesar las medidas cautelares que se hubieren impuesto.

c. En virtud del carácter personal del sobreseimiento, si hubiere coimputados, el proceso continuará su curso respecto de quienes no hayan sido favorecidos por la decisión.

8.2.6. Recursos

En razón de su efecto, esto es, poner fin al proceso, el sobreseimiento que se dicte mediante auto o sentencia es apelable ante la Corte de Apelaciones y recurrible ante el Tribunal Supremo de Justicia, con base en lo previsto, respectivamente, en el num. 1 del art. 439 y único aparte del art. 451 del COPP.

Si bien el art. 307 del COPP legitima al Ministerio Público para impugnar la decisión que declare el sobreseimiento, es claro que tal facultad no podría ejercerse cuando el sobreseimiento es dictado como acto conclusivo sobre la base de la solicitud del fiscal, pues a tenor de lo previsto en el art. 427 *ejusdem*, las partes sólo pueden impugnar las decisiones que le causen agravio y, en este caso, el pedimento de la fiscalía habría sido satisfecho.

8.3. Acusación

Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, deberá proponer la *acusación* ante el juez de control, con base al art. 308. La acusación deberá contener:

1. Los datos que permitan identificar plenamente y ubicar al imputado o imputada y el nombre y domicilio o residencia de su defensor o defensora; asi como los que permitan la identificación de la víctima;

22 Entendemos que el juez de control que se pronunció negativamente sobre la solicitud de sobreseimiento inicialmente formulada estaría impedido de intervenir en el proceso en una próxima oportunidad, respecto de cualquier otro acto conclusivo.

2. Una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado o imputada;
3. Los fundamentos de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan;
4. La expresión de los preceptos jurídicos aplicables;
5. El ofrecimiento de los medios de prueba que se presentarán en el juicio, con indicación de su pertinencia o necesidad;
6. La solicitud de enjuiciamiento del imputado o imputada.

Los datos relativos a la dirección que permita ubicar a la víctima y testigos, deben consignarse por separado y tendrán carácter reservado para el imputado y su defensa.

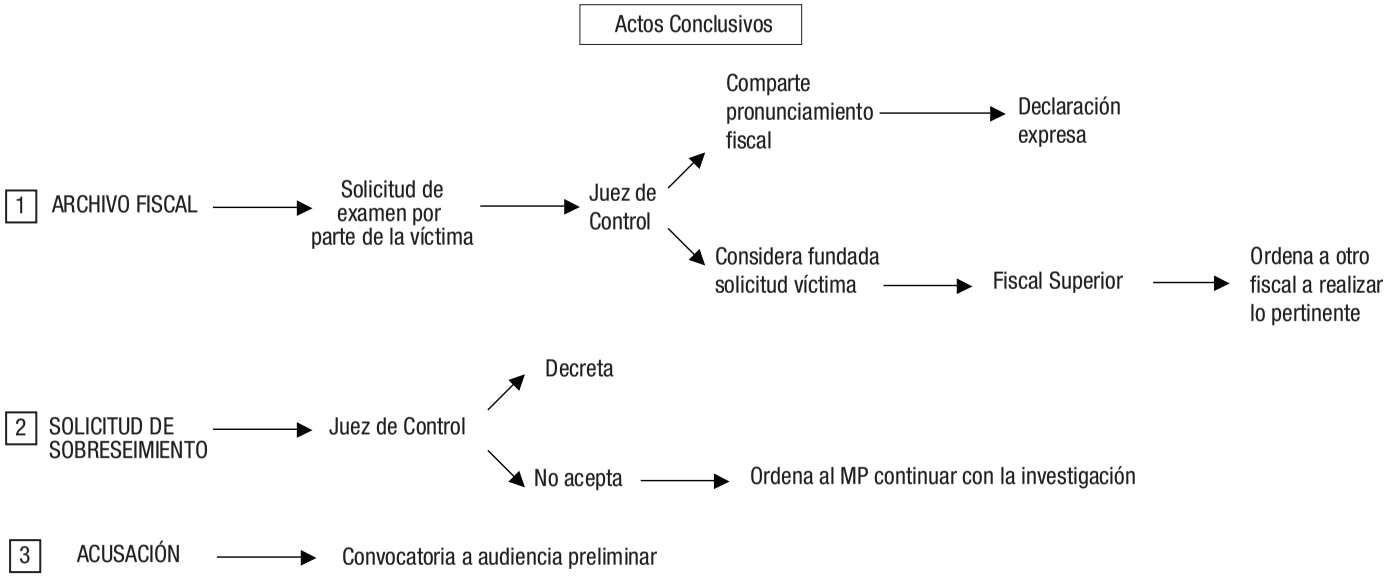
El juez de control deberá determinar si hay o no elementos suficientes para llevar a juicio al imputado, con base a la acusación del Ministerio Público y a los argumentos de la defensa que se ventilen en el acto central de la fase intermedia, cual es la audiencia preliminar. Esa determinación supone que el juez deberá efectuar no sólo un control formal sobre la acusación, control que se reduce a la verificación del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, esto es, identificación del o los imputados y la descripción y calificación del hecho atribuido, sino también un control material que consiste en el análisis de los requisitos de fondo en que se basa el pedido del Ministerio Público, es decir, si la acusación tiene un fundamento serio.

El control material sobre la acusación pretende evitar los efectos estigmatizantes del sometimiento a un proceso del cual quedaran secuelas, independientemente de su resultado, efecto que la doctrina española denomina "pena de banquillo". En este sentido, es pertinente recordar que, tal como asienta BINDER[23], la publicidad del proceso supone una serie de garantías pero también implica un costo pues,

> por más que la persona sea absuelta y se compruebe su absoluta inocencia, el solo sometimiento a juicio habrá significado una cuota considerable de sufrimiento, gastos y aún de descrédito público. Por tal razón, un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar, también, que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria.

Es, en consecuencia la acusación –tal como se desarrolla en el Capítulo que sigue– el único acto conclusivo que tiene la potencialidad para dar inicio a la fase siguiente, pues tanto el archivo fiscal como el sobreseimiento mantienen el proceso en fase preparatoria, lo cual tiene una serie de implicaciones en cuanto a la forma de computar los lapsos procesales; no obstante, la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia en diversas sentencias ha sostenido que "el sobreseimiento es un acto conclusivo que finaliza con la fase de investigación o preparatoria, entrando automáticamente a la fase intermedia, en la que no se computarán los sábados, domingos, días feriados o los días en que no haya despacho, todo ello de conformidad con los artículos 172 y 320 ibídem"[24].

23 BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Edit. Ad-Hoc. p.223.
24 Vid., entre otras, sentencia de fecha 28 de junio de 2005, ponente Magistrado Eladio Aponte Aponte.


Actos Conclusivos
1 ARCHIVO FISCAL
Solicitud de examen por parte de la víctima
Juez de Control
Comparte pronunciamiento fiscal
Declaración expresa
Considera fundada solicitud víctima
Fiscal Superior
Ordena a otro fiscal a realizar lo pertinente
2 SOLICITUD DE SOBRESEIMIENTO
Juez de Control
Decreta
No acepta
Ordena al MP continuar con la investigación
3 ACUSACIÓN
Convocatoria a audiencia preliminar

FASE INTERMEDIA XII

A decir de ORMAZABAL, la fase intermedia es la etapa procedimental en la que se manifiesta la exigencia primaria y fundamental del principio acusatorio: la existencia de acusación, es decir, que haya un sujeto diferente del órgano judicial que ejercite la acción penal[1]. Esta etapa, ubicada entre la fase preparatoria y la del juicio oral, tiene por función determinar si hay fundamento serio para llevar a juicio al imputado, con ello se previene la sanción anticipada o llamada por la doctrina española "pena de banquillo", la cual se configuraría si el juez de esta fase se limitare a intervenir de manera meramente formal homologando lo actuado por el Ministerio Público[2].

Refiere VERGE GRAU[3], que dentro de la concepción del proceso penal del liberalismo, esta función de control debía ser asignada a un órgano independiente del juez de instrucción y del tribunal sentenciador: el jurado de acusación o *chambre d' accusation*.

La "pena de banquillo" sólo debe ser soportada por el imputado[4] cuando razonablemente se haya llegado a la constatación, no de que va a obtenerse una sentencia condenatoria, sino de que existen indicios de que él es el autor de un hecho y de que éste está tipificado en la ley penal. Es esta además la razón por la cual la audiencia preliminar como acto en el que se van a determinar esos extremos, es oral pero no pública.

Según las previsiones del COPP durante la fase intermedia se procura además la depuración del procedimiento, toda vez que pueden las partes oponer las excepciones que no hayan sido planteadas con anterioridad o que se funden en hechos nuevos[5]; no es posible, sin embargo, que el juez de control ordene la práctica de nuevas pruebas ni pueda complementar la acusación.

En esta fase destaca como acto fundamental la celebración de la denominada audiencia preliminar, concluida la cual debe el juez de control admitir la acusación (total o parcialmente) o sobreseer el proceso, por tanto su finalidad es determinar la viabilidad de la acusación de allí que algunos la denominen "juicio de acusación" (GIMENO SENDRA) o "control de la acusación". La audiencia prelimirar debe

1 ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo (97). *El Período Intermedio del Proceso Penal.* Monografías, Ciencias Jurídicas. Mc Graw Hill. Madrid, España. p. 16.

2 Según GIMENO SENDRA et. al (87) (Derecho Procesal, Tomo II. Vol. I. El Proceso Penal (1). Tirant Lo Blanch derecho, Valencia. España. p. 407), esta es la función negativa de la fase intermedia, la función positiva es dilucidar si concurren o no los presupuestos del juicio oral.

3 GRAU, Vergé. ob. cit. p. 81.

4 MONTERO AROCA, Juan (94). *La garantía procesal penal y el principio acusatorio. La Ley.* p. 978.

5 Num. 1 del art. 311 del COPP.

celebrase dentro de un plazo no menor de quince días ni mayor de veinte contados a partir de la presentación de la acusación. En caso de diferimiento, la misma debe ser fijada nuevamente en un plazo que no pueda exceder de veinte días

El ofrecimiento de las pruebas cuya admisibilidad o inadmisibilidad debe declarar el tribunal de control en el auto de enjuiciamiento garantiza el ejercicio del derecho reconocido en el articulo 49.1 de la Constitución, derecho este que no es exclusivo del imputado pues tanto derecho tiene el imputado a defenderse como lo tiene el Ministerio Publico a probar su acusación[6]. Sin embargo, tal como lo ha declarado el Tribunal Constitucional español[7], el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes no garantiza "el derecho a que se practiquen todas aquellas pruebas que las partes tengan a bien proponer, sino tan solo las que sean pertinentes o necesarias, ya que solo tienen relevancia constitucional para provocar indefensión la denegación de pruebas que, siendo solicitadas en el momento y la forma oportunas, no resultase razonable y privase a la parte de hechos decisivos para su pretensión". Tal criterio ha sido reiterado en decisiones posteriores del mismo Tribunal[8].

La audiencia preliminar tiene como objeto fundamental resolver sobre la admisibilidad o no de la acusación. Si bien tal audiencia tiene carácter contradictorio ello no posibilita que en la misma puedan plantearse cuestiones propias del juicio oral, vale decir, actos que requieran de una actividad probatoria que resulta ajena a ese momento procesal.

El juez está en la obligación de realizar todo lo conducente para garantizar que la audiencia se celebre en el plazo establecido; no obstante, si este acto no se realiza, las partes pueden intentar las acciones disciplinarias a que haya lugar contra el responsable de la no celebración de la audiencia.

En la reforma de junio de 2012 se incorporaron (art.310) las siguientes reglas en caso de incomparecencia de alguno de los citados:

1. La inasistencia de la víctima no impide la realización de la audiencia preliminar.

2. La inasistencia de la defensa privada conduce al diferimiento de la audiencia por una sola vez, salvo solicitud del imputado para que se le designe un defensor público, en cuyo caso se hará la designación de inmediato y se realizará la audiencia en esa misma oportunidad.

Si el defensor privado no comparece a la segunda convocatoria, se tendrá por abandonada la defensa, se procederá a designar un defensor público de inmediato y a realizar la audiencia en esa misma oportunidad.

3. Si el imputado o imputada que esté siendo juzgado o juzgada en libertad o bajo una medida cautelar sustitutiva, no comparece injustificadamente, el Juez o Jueza

6 VÁSQUEZ, Magaly. Algunas consideraciones…
7 Sentencia 192/1987. c. p. ESPARZA LEIBAR, Iñaki (1995), *El Principio del Proceso Debido*, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, España. p. 189.
8 Entre otras, 149/1987, 212/1990 y sentencia del 28 de noviembre de 1990.

de Control, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, librará la correspondiente orden de aprehensión a los fines de asegurar su comparecencia al acto, sin perjuicio de otorgar una vez realizada la audiencia, si lo estima necesario, una nueva medida cautelar sustitutiva a la privación judicial preventiva de libertad.

Si el imputado o imputada que se encuentra privado o privada de libertad en centro de reclusión u otro lugar acordado por el juez o jueza, se niega a asistir a la audiencia preliminar y así consta en autos, se entenderá que no quiere hacer uso de su derecho a ser oído, ni a acogerse a las fórmulas alternativas a la prosecución del proceso ni al procedimiento por admisión de los hechos, en la oportunidad de la audiencia preliminar, por lo que se procederá a realizar el acto fijado con su defensor o defensora, si asiste, o en su defecto con un defensor o defensora pública que se le designará a tal efecto.

En caso de pluralidad de imputados o imputadas, se celebrará la audiencia con el o los imputados comparecientes; y con la defensa privada de quien no haya comparecido, o la defensa pública, según sea el caso.

4. Si el representante de la Defensa Pública Penal o el Fiscal del Ministerio Público, debidamente citados o citadas, no comparecen injustificadamente a la audiencia preliminar, el Juez o Jueza de Control notificará al Coordinador o Coordinadora de la Defensa Pública Penal del respectivo Circuito Judicial Penal o al Fiscal Superior correspondiente, según sea el caso, a los fines de garantizar su presencia en la nueva fecha fijada.

1. Facultades y cargas de las partes previas a la audiencia preliminar

Conforme a lo establecido en el art. 311 del COPP, hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, el Fiscal, la víctima, siempre que se haya querellado o haya presentado una acusación particular propia, y el imputado o imputada, pueden realizar por escrito los actos siguientes:

1. Oponer las excepciones previstas en este Código, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos;

2. Pedir la imposición o revocación de una medida cautelar;

3. Solicitar la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos;

4. Proponer acuerdos reparatorios;

5. Solicitar la suspensión condicional del proceso;

6. Proponer las pruebas que podrían ser objeto de estipulación entre las partes;

7. Promover las pruebas que producirán en el juicio oral, con indicación de su pertinencia y necesidad;

8. Ofrecer nuevas pruebas de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la presentación de la acusación fiscal.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 7 de diciembre de 2004 estableció el carácter preclusivo del lapso previsto en el citado art. 311 (antes 328), pronunciamiento este que fue ratificado por la Sala de Casación Penal en sentencia del 20 de octubre de 2005, decisión en la cual resolvió el recurso de interpretación propuesto respecto del citado artículo. En esa oportunidad, en la que también se precisó la oportunidad y forma de presentación de los actos procesales allí indicados, se asentó:

> La Sala, para decidir, observa que el encabezado del artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal expresa:
>
> *Artículo 328. Facultades y cargas de las partes. Hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, el Fiscal, la víctima, siempre que se haya querellado o haya presentado una acusación particular propia, y el imputado, podrán realizar por escrito los actos siguientes: ...*
>
> La disposición transcrita guarda relación con los actos que el Fiscal, la víctima (sólo si se ha querellado o si presentó acusación particular propia) y el imputado, de manera escrita oponen, solicitan, proponen y promueven al juez de control, antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar.
>
> Resulta pertinente conceptuar algunos términos del artículo transcrito con anterioridad y según el Diccionario de la Real Academia Española, para un mejor análisis del mismo:
>
> "Hasta" *"... Denota el término de tiempo, lugares, acciones o cantidades... conjunción copulativa, con valor incluyente, combinada con 'cuando' o con un gerundio... O con valor excluyente, seguida de 'que'..."*.
>
> El término "antes" *"... denota prioridad de lugar... de tiempo... prioridad o preferencia..."*.
>
> El término "podrán", del verbo "poder", es lo siguiente:
>
> *"... tener expedita la facultad o potencia de hacer algo... tener facilidad, tiempo o lugar de hacer algo..."*.
>
> La Sala observa que cuando el legislador dispuso en el encabezado del artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal *"hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar..."*, se refirió a que vencido el quinto día antes de la fecha convocada para la celebración de la audiencia preliminar finaliza el lapso y con ello la posibilidad de realizar los actos enumerados en el artículo 328 "*eiusdem*". Así se decide.

> Así mismo se confirma la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en torno al carácter preclusivo del lapso dispuesto en el artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal, la cual señaló: *"...entre los requisitos formales que debe cumplir la acusación fiscal, señalar la pertinencia o necesidad de la prueba ofrecida, y, en caso de incumplirse con dicho requisito la defensa puede, en aras de la depuración del proceso, conforme a las facultades y cargas establecidas en el artículo 328 eiusdem y, dentro del lapso preclusivo allí señalado, oponer la excepción preceptuada en el artículo 28..."* (resaltado de la Sala Penal, sentencia 2811 del 7 de diciembre de 2004, ponencia del Magistrado Doctor ANTONIO GARCÍA GARCÍA).
>
> Acerca de si es una facultad o es una carga del fiscal, la víctima que se haya querellado o haya presentado acusación particular propia y del imputado, realizar los actos enumerados en el artículo 328, la Sala observa que el ejercicio de cada una de las ocho acciones contenidas en el artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal es un derecho, poder o facultad, para que en la oportunidad, momento o tiempo señalados por el mismo legislador (hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar) se ejerzan las actuaciones y de manera escrita. Sin embargo, una vez que cualquiera de los facultados decide ejercer su derecho, se genera una carga o la obligación de hacerlo y no podría ser de otro modo, ya que todo derecho implica un deber.
>
> En torno a la modalidad de *"... realizar por escrito los actos ..."*, la Sala observa que se trata de una excepción a la constante forma oral que predomina en el código adjetivo, en donde lo escrito se significa expresamente.
>
> No obstante y en relación con las acciones tipificadas en los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal, es decir, acerca de las solicitudes de imposición o revocación de una medida cautelar, aplicación del procedimiento por admisión de los hechos, proponer acuerdos reparatorios, solicitar la suspensión condicional del proceso y proponer las pruebas que podrían ser objeto de estipulación entre las partes, la Sala observa que pueden realizarse, además, en la audiencia preliminar y oralmente ya que no se violentarían el debido proceso ni el derecho a la defensa ni el principio procesal del contradictorio. Así se decide.

Igualmente en sentencia de fecha 23 de mayo de 2006 la referida Sala Penal asentó que "la solicitud por escrito del procedimiento de admisión de los hechos no es limitativa sino facultativa, por cuanto no impide que el imputado pueda realizar dicho pedimento en el acto de la audiencia preliminar" y en decisión del 30 de mayo del mismo año estableció que la fijación de nuevas fechas para la celebración de la audiencia preliminar no implica la reapertura del lapso de cinco días para la promoción de las pruebas.

En la reforma de septiembre de 2009, el legislador recogió el criterio jurisprudencial del 23 de mayo de 2006 y estableció que las facultades descritas en los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 pueden realizarse oralmente en la audiencia preliminar, en cuyo caso el juez o jueza resolverá en un lapso de cinco días.

Por otra parte, de la regulación precedente se advierte que se menoscaba el derecho de la víctima al legitimarla para hacer uso de tales facultades sólo en el caso de que

tenga la cualidad de parte, es decir, haya presentado querella o una acusación particular propia.

2. Carácter contradictorio de la audiencia preliminar[9]

Dispone el COPP (art. 312 *in fine*) que en ningún caso se permitirá que en la audiencia preliminar se planteen cuestiones que son propias del juicio oral y público. Tal declaratoria ha conducido a que algunos sostengan que la aludida audiencia no tiene carácter contradictorio[10].

Conforme al artículo 18 del COPP, "el proceso tendrá carácter contradictorio". Ahora bien, tal como está organizado el proceso y, específicamente, el procedimiento ordinario, queda claro que la fase del juicio es sólo una de las etapas del "*proceso*", que éste está precedido por las fases preparatoria e intermedia, y que las fases impugnativa (en caso de sentencia definitiva) y de ejecución, le suceden temporalmente; ello implica que si el proceso se concibe como un todo, *en cada una de sus partes debe estar presente la garantía de la contradicción*.

Ciertamente, tal contradicción se manifestará de diversa manera en razón de la etapa procesal de que se trate. Así, en la fase preparatoria, no obstante su carácter reservado frente a los terceros, tanto el imputado como la víctima pueden solicitar el Ministerio Público la práctica de actuaciones que obren en su interés como medio de garantizar el derecho a la defensa, situación esta que se enmarca dentro del derecho a la contradicción. En la fase del juicio oral y público, en razón de los principios que le caracterizan, es evidente su naturaleza contradictoria. Durante el trámite de impugnación de la sentencia definitiva, la parte que se considere agraviada por la decisión puede ofrecer pruebas para demostrar el motivo del recurso y la contraparte puede tratar de desvirtuarlas. Incluso en la fase de ejecución se advierte tal principio contradictorio cuando se dispone (art. 475 del COPP), que los incidentes vinculados con la ejecución o la extinción de la pena serán resueltos en audiencia pública y oral. Todo ello pone de manifiesto que contradicción no implica en modo alguno, análisis sobre el problema de fondo, sino que esta opera como un mecanismo que permite garantizar el derecho a la defensa y este derecho fundamental, por disposición constitucional (art. 49.1), es inviolable en todo estado y grado del proceso.

3. Sistemas de control de la acusación

En el derecho comparado pueden encontrarse tres sistemas de control de la acusación o procedimiento intermedio: el primero, el de elevación directa a juicio, que

9 VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly. Fase Intermedia…p. 52-53.

10 Así se ha manifestado el Máximo Tribunal. En este sentido sentencia N° 203 del 27 de mayo de 2003 de la Sala de Casación Penal.

es aquel donde la defensa no tiene oportunidad de manifestarse sobre el mérito de la investigación preliminar y sólo puede invocar hechos paralizadores o extintivos de la acción penal; el segundo sistema, donde el control de la acusación es sólo provocado por la oposición que plantee la defensa a la elevación a juicio y, en caso que estos no ocurra, la sola presentación de la acusación provoca la realización del debate (este es el caso del Código de Procedimiento Penal federal argentino y del *Código de Processo Penal* portugués) y, el tercer sistema es el que instaura el control de la acusación como obligatorio, es decir, provoca la evaluación del mérito del requerimiento por su sola presentación, independientemente de la oposición que la defensa plantee. Es este último el sistema que acoge el COPP.

La principal función que suele atribuirse a la fase intermedia es precisamente decidir sobre el reconocimiento de la acción como derecho de acusar, de ejercitar la acción penal en el juicio oral y obtener una sentencia de fondo, lo que tiene lugar a través de un enjuiciamiento sobre la verosimilitud de las imputaciones dirigidas contra el inculpado[11].

El control sobre la acusación que se concreta en la fase intermedia no es sólo formal sino también material. El control formal se reduce a la verificación por parte del juez, del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, a saber, identificación del o los imputados y la descripción y calificación del hecho atribuido. El control material conlleva al análisis de los requisitos de fondo en que se basa la acusación, esto es, si aquella tiene un fundamento serio que justifique la exposición de una persona en un juicio público y oral[12].

La decisión sobre la apertura del juicio reviste en la actualidad singular importancia en relación con determinadas formas de criminalidad que concitan un especial interés o preocupación en la colectividad, y cuya persecución pretende ser potenciada, como es el caso de la delincuencia ecológica, económica o determinados delitos cometidos por funcionarios o altos cargos públicos, pues en estos casos la apertura del juicio y la publicidad de las actuaciones puede generar, por ejemplo a la empresa encartada, incalculables daños económicos, frecuentemente de imposible reparación[13].

El control sobre la acusación podría conducir inclusive a cambiar la calificación jurídica dada al hecho por el Ministerio Público. La posibilidad de que en el auto de apertura a juicio se fije una calificación jurídica distinta a la de la acusación, denota que es posible que el juez de control con base al principio *iura novit curia*, estime que efectivamente hay fundamento para presumir la comisión de un hecho punible pero que *ese hecho* imputado por el fiscal no se subsume en la disposición jurídica invocada por el Ministerio Público. Es tal el poder del juez en la determinación de la calificación jurídica que si estimare que los hechos imputados no encajan dentro de ningún tipo legal deberá dictar una decisión con fuerza de cosa juzgada como lo es el

11 ORMAZÁBAL. op. cit. p. 25.

12 VáSQUEZ, Magaly (99). El control de la acusación. En: Segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal. La Vigencia Plena del Nuevo Sistema. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.

13 ORMAZABAL. op.cit. p. 27.

sobreseimiento, lo cual impediría que posteriormente pudiere solicitarse nuevamente la apertura a juicio por el mismo hecho.

Durante la fase en cuestión, las partes deben ofrecer la prueba que incorporarán en el debate oral; sobre la admisibilidad de tales pruebas debe pronunciarse el juez de control. Este ofrecimiento de pruebas y la decisión sobre su admisibilidad a cargo del juez de control evita cualquier conocimiento previo por parte del tribunal de juicio llamado a decidir, con ello se pretende garantizar la imparcialidad de este último.

Sólo por excepción se pronuncia el tribunal de juicio sobre la admisión de pruebas: en el caso de que se propongan pruebas complementarias durante los actos de preparación del debate (art. 326) o que durante su desarrollo surgieren hechos o circunstancias nuevos cuyo esclarecimiento se requiere (art. 342). Nótese que en ambos casos se trata de hechos conocidos con posterioridad a la celebración de la audiencia preliminar.

4. Determinación del objeto del juicio

Como una garantía del derecho a la defensa, debe en la fase intermedia, determinarse el objeto del juicio, esto es, el hecho imputado calificado jurídicamente, determinación que llevará a efecto el juez de control a través del examen del material aportado por el Ministerio Público. De ello deberá extraer si por lo menos es "probable" la participación del imputado en el hecho que se le atribuye. Si estima el juez que de la acusación surge fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado por el hecho que se le atribuye debe librar el auto de apertura a juicio. Con este auto se determina el objeto del juicio oral y con la admisión de la acusación cambia la condición del imputado por la de acusado[14]. Declara el art. 314 del COPP que la decisión por la cual el juez admite la acusación se dictará ante las partes y contendrá la identificación de la persona acusada y *"una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos*, su calificación jurídica provisional y una exposición sucinta de los motivos en que se funda…" (cursivas nuestras).

La determinación del objeto del proceso[15] resulta fundamental en orden a determinar si existe litispendencia o se ha acreditado la cosa juzgada, dado que no todo hecho punible que pueda atribuirse al imputado o imputada constituye el objeto del proceso penal, sólo el hecho punible que haya sido objeto de la acusación.

Si de la instancia del Ministerio Público y las exposiciones de los intervinientes en la audiencia, estima el juez de control que surgen fundamentos racionales para enjuiciar al imputado o imputada, dictará el respectivo auto de apertura a juicio, y, con ello se determina el objeto del jucio.

14 Art. 126: "Con la admisión de la acusación, el imputado o imputada adquiere la condición de acusado o acusada".

15 Es común el utilizar indistintamente los términos "proceso" y "juicio"; no obstante, según la división en fases del procedimiento común que establece el COPP, el "juicio" es una fase del "proceso".

5. Auto de apertura a juicio

Este auto, que debe dictar el juez de control al término de la audiencia preliminar si admite la acusación debe contener, según lo dispuesto en el artículo 314 del COPP:

1. La identificación de la persona acusada;

2. Una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación jurídica provisional y una exposición sucinta de los motivos en que se funda; y, de ser el caso, las razones por las cuales se aparta de la calificación jurídica de la acusación;

3. Las pruebas admitidas y las estipulaciones realizadas entre las partes;

4. La orden de abrir el juicio oral y público;

5. El emplazamiento de las partes para que, en el plazo común de cinco días, concurran ante el Juez o Jueza de juicio;

6. La instrucción al secretario de remitir al tribunal competente la documentación de las actuaciones y los objetos que se incautaron.

Conforme a lo dispuesto en la aludida norma el auto de apertura a juicio es inapelable.

Siguiendo las orientaciones de algún sector de la doctrina que incluso llegó a catalogar de inconstitucional tal declaratoria de irrecurribilidad por violación del principio de doble instancia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia No. 746/2002 del 8 de abril (caso: *Luis Vallenilla Meneses*), estableció que contra el auto de apertura a juicio era admisible la interposición del recurso de apelación, pero sólo en relación con su primera parte, es decir, respecto a la admisión de la acusación. Posteriormente la misma Sala mediante sentencia de fecha 20 de junio de 2005 modifica su criterio, y así se establece con carácter vinculante, respecto a la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la primera parte del auto de apertura a juicio -admisibilidad de la acusación-, y contra la admisión de los medios de prueba que se indiquen en dicho auto, ajustándolo a la *ratio legis* del artículo 314 del Código Orgánico Procesal Penal, que apunta a no admitir el recurso de apelación contra el auto de apertura a juicio, ya que se trata de una decisión que no causa gravamen irreparable al acusado, y cuya inimpugnabilidad no implica una vulneración de la garantía del debido proceso, ni mucho menos del derecho a la defensa consagrada en el artículo 49.1 Constitucional, ni con el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 26 constitucional.

6. Otras decisiones

Además de la admisión de la acusación puede el juez de control, concluida la audiencia preliminar, sobreseer, en caso de que rechace totalmente la acusación.

También debe ordenar la corrección de vicios formales en la acusación (del Ministerio Público o de la víctima), resolver las excepciones planteadas, aprobar los acuerdos reparatorios, ratificar, revocar, sustituir o imponer una medida cautelar, acordar la suspensión condicional del proceso, sentenciar conforme al procedimiento por admisión de los hechos, y, decidir sobre la legalidad, licitud, pertinencia y necesidad de las pruebas ofrecidas por las partes para el juicio oral.

FASE DE JUICIO XIII

Es en la fase del *juicio* donde se concretan en su mayor esplendor los principios del procedimiento que rigen el sistema procesal desarrollado por el COPP: *oralidad*, *publicidad*, *inmediación* y *concentración*, al igual que algunos principios del proceso, como la libre valoración de las pruebas y la contradicción.

En atención al principio de la *oralidad* todos los actos del debate deben efectuarse en forma verbal, admitiéndose sólo por excepción la incorporación de pruebas a través de su lectura; la *inmediación,* como principio probatorio, supone que el tribunal llamado a decidir debe haber presenciado las pruebas en las cuales habrá de fundar tal decisión, este principio conlleva a la identidad física del juzgador; la *publicidad*, se entiende como la garantía de que a los actos del debate pueda asistir quien tenga interés en hacerlo, situación esta que permitirá establecer un control popular sobre la administración de justicia, dada la intervención pasiva de la ciudadanía, y la *concentración y continuidad*, conllevan a que sólo se admitan suspensiones especiales y precisamente determinadas, lo cual resulta lógico, pues si el juez debe decidir sobre la base de las pruebas que se han practicado en su presencia, la suspensión prolongada del debate afectaría el recuerdo de las resultas de tales pruebas y por tanto la confiabilidad de la decisión.

Ciertamente en las fases anteriores a la del juicio rige la oralidad, aún cuando pueda dejarse constancia por escrito de algunas actuaciones, no así la publicidad, la cual se inicia para los terceros con la fase de juicio y se mantiene durante las fases de impugnación y ejecución. La inmediación y la concentración son propias del debate oral.

Esta fase a su vez se divide en varias subfases:

1. Preparación del debate

En este periodo corresponde fijar la fecha de celebración de la audiencia y la citación de quienes deban concurrir al debate.

Pueden las partes, durante esta etapa, promover pruebas complementarias de las cuales tuvieron conocimiento con posterioridad a la audiencia preliminar.

Si bien el art. 32 del Código adjetivo dispone que durante el juicio las excepciones se propondrán en la oportunidad prevista en el artículo 327, esta norma, que no hace mención a esa facultad de las partes, está referida a la apertura del debate, de lo cual podría deducirse que es este el momento procesal límite para la oposición de esas

defensas, consideramos que nada obsta, dado que la finalidad de las excepciones es suspender, finalizar o depurar el proceso, para que se propongan durante los actos de preparación del debate. Tal posibilidad evitaría la suspensión del debate una vez decretada su apertura y, en consecuencia, redundaría en mayor celeridad procesal.

2. Desarrollo del debate

En esta etapa tiene lugar la apertura del debate que se regirá por los ya mencionados principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad, y donde la actividad probatoria estará presidida por los principios de contradicción e igualdad, por tanto, los únicos actos de prueba que el tribunal apreciará, son los que se practiquen en el juicio oral, con inmediatez y contradictoriedad, salvo el caso excepcional de la prueba anticipada que se incorporará al juicio por su lectura.

Una vez verificada la presencia de las partes, el juez o jueza debe declarar abierto el debate, advirtiendo al acusado y al público sobre la importancia y significado del acto. Seguidamente, debe exponerse la acusación por parte del fiscal y el querellante, si lo hubiere, y el defensor su defensa.

En la reforma de 2012 se incorporó la previsión según la cual si el acusado o acusada contumaz se niega a asistir al debate, se entenderá que no quiere hacer uso de su derecho a ser oído en el proceso, por lo que se procederá a realizar el debate fijado con su defensor o defensora, si asiste, o en su defecto, con un defensor o defensora pública que se le designará a tal efecto; de igual manera se procederá en caso que el acusado o acusada que esté siendo juzgado o juzgada en libertad o bajo una medida cautelar sustitutiva, no asista al debate injustificadamente, pudiendo el Juez o Jueza, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, revocar la medida cautelar. Tal incorporación, que permite la posibilidad de realizar el juicio sin la presencia del acusado "contumaz" por considerarse que renuncia a su derecho a ser oído, viola flagrantemente las garantías constitucionales de defensa y proscripción del juicio en ausencia.

Si durante el debate se comete un delito, el tribunal debe ordenar la detención del autor y el levantamiento de un acta con las indicaciones pertinentes; aquél debe ser puesto a disposición del funcionario del Ministerio Público que corresponda, remitiéndosele copia de los antecedentes necesarios, a fin de que proceda a la investigación. Debe destacarse que es este el único caso establecido en el COPP en el cual el juez realiza un acto propio de los órganos de persecución penal, no obstante se justifica en la circunstancia de que el delito perpetrado en audiencia es un delito flagrante y, en estos casos, incluso cualquier particular estaría facultado para aprehender al sospechoso, a tenor de lo dispuesto en el art. 234 del Código adjetivo.

Todas las cuestiones incidentales que se susciten durante la audiencia deben ser tratadas en un solo acto, a menos que el tribunal resuelva hacerlo sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del debate.

Expuestas la acusación y la defensa, debe oírse al acusado (el COPP lo sigue denominando imputado, pues el aparte final del art. 126 aclara que "la denominación de imputado o imputada prodrá utilizarse indistintamente en cualquier fase del proceso"), quien debe ser impuesto del precepto constitucional que lo exime de declarar en causa propia. El juez o jueza debe explicarle con palabras claras y sencillas el hecho que se le atribuye, advertirle que el debate continuará aunque no declare y que puede declarar sobre el objeto del debate todas las veces que lo estime pertinente.

Debe permitirse al acusado que manifieste libremente cuanto tenga por conveniente sobre la acusación, pudiendo ser interrogado posteriormente por el Ministerio Público, el querellante, el defensor y el tribunal, en ese orden.

Si hubiere coimputados, el juez presidente podrá alejar de la sala de audiencias a los que no declaren en ese momento, pero después de todas las declaraciones debe informarlos resumidamente de lo ocurrido durante su ausencia.

A fin de resguardar el derecho a la defensa se dispone la advertencia al acusado, en caso de que en el curso de la audiencia el tribunal observe la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes. Con ello se garantiza la posibilidad de que el acusado se refiera a ella y no sea sorprendido con una calificación jurídica que no pudo contradecir y, al mismo tiempo, que la acusación presentada por el Ministerio Público y la víctima (o sólo esta si se trata de delitos de instancia privada) pueda defender su pretensión. De la misma manera debe procederse en caso de ampliación de la acusación realizada por el Ministerio Público o por el querellante que genere un cambio en la calificación jurídica o la pena del hecho objeto del debate, sin perjuicio del derecho de las partes a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Si ese derecho fuere ejercido, el tribunal deberá suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente y el cual tiene como límite la previsión del art. 318 del COPP, según la naturaleza de los hechos y las necesidades de la defensa. El querellante puede adherirse a la ampliación realizada por el Ministerio Público.

En efecto, sin perjuicio del control que ejerce el juez, tal como se desprende de lo establecido en los artículos 333 y 345 del COPP, es posible que durante el debate el Ministerio Público el querellante amplíen la acusación, mediante la inclusión de un nuevo hecho o circunstancia que modifica la calificación jurídica o la pena del hecho objeto del debate" o que el juez de juicio sentencie con base a una calificación jurídica distinta a esos autos, siempre que hubiere advertido al acusado sobre tal posibilidad.

2.1. Orden en la recepción de las pruebas

Después de la declaración del acusado el juez presidente debe recibir la prueba en el orden siguiente: en primer lugar deben intervenir los expertos[1]. Seguidamente se recibirá la declaración de los testigos, uno por uno. Antes de su declaración los testigos

1 Si resulta conveniente el tribunal puede disponer que los expertos presencien los actos del debate

no pueden comunicarse entre sí, ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en el debate. Después de hacerlo, el juez presidente debe disponer si continúan en la antesala o se retiran.

En la reforma de 2012 se contempla que en caso de inasistencia justificada de los expertos, el juez o jueza puede ordenar la convocatoria de un sustituto con idéntica ciencia, arte u oficio de aquél que no pudo comparecer.

La comunicación entre los testigos no impide su declaración, pero el tribunal debe apreciar esta circunstancia al valorar la prueba conforme al sistema previsto en el art. 22 del COPP.

Una vez que el testigo o experto hayan expuesto la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento sobre los hechos objeto del proceso, el juez debe permitir el interrogatorio directo, iniciándolo quien lo propuso y luego las otras partes, en el orden que el juez presidente considere conveniente. En todo caso, se procurará que la defensa interrogue de último. Luego, el tribunal puede interrogar al experto o al testigo.

El juez presidente debe moderar el interrogatorio y evitar que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, procurando que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las partes. Las partes pueden solicitar la revocación de las decisiones al juez presidente cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen.

El experto o testigo que oportunamente citado no haya comparecido, puede ser conducido por medio de la fuerza pública, a tales efectos, el juez puede solicitar a quien lo propuso que colabore con la diligencia. La inasistencia de cualquiera de ellos puede dar lugar a la suspensión del juicio por una sola vez. Si no concurrieren al segundo llamado o no pudieren ser localizados para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará prescindiéndose de esa prueba.

Dado que la naturaleza de la prueba documental sólo permite su incorporación al juicio a través de su lectura, constituye la promoción de estos una excepción al principio de la oralidad; en tal virtud, se prevé (art. 341) que los documentos deben ser leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. Sólo por excepción, el tribunal, con acuerdo de todas las partes, puede prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenando su lectura o reproducción parcial.

Los objetos y otros elementos ocupados deben ser exhibidos en el debate, mientras que las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales deben reproducirse en la audiencia, según su forma de reproducción habitual. Tales objetos pueden ser presentados a los expertos y a los testigos durante sus declaraciones, a quienes se les solicitará reconocerlos o informar sobre ellos.

Si para conocer los hechos fuere necesaria una inspección, el tribunal puede disponerla, y el juez presidente ordenar las medidas para llevarla a cabo el acto. Si

tal acto se realiza fuera del lugar de la audiencia, el juez presidente debe informar sucintamente sobre las diligencias realizadas.

Sin que ello suponga facultad alguna del tribunal de juicio para completar el material de la instrucción, pues se trataría de "ejercicio de la función jurisdiccional que contribuye a comprobar la certeza de los elementos fácticos jurídicamente relevantes, en concurso con la actividad probatoria de las partes"[2], aquél puede, excepcionalmente, ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieran su esclarecimiento. Debe en todo caso cuidar de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes y, básicamente, del Ministerio Público.

En todo caso la recepción de las pruebas debe iniciarse con las propuestas por el Ministerio Público, luego con las del querellante y concluir con las del acusado. El juez presidente sólo puede alterar este orden cuando así lo considere conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos.

2.2. Clausura del debate

Terminada la recepción de las pruebas, el juez debe conceder la palabra, en primer término al fiscal, luego al querellante y posteriormente al defensor, para que expongan sus conclusiones. Seguidamente, debe otorgar al fiscal y al defensor la posibilidad de replicar, para referirse sólo a las conclusiones formuladas por la parte contraria. No se permite la lectura de escritos, salvo que se trate de citas textuales de doctrina o jurisprudencia con el fin de ilustrar el criterio del tribunal[3], sin prejuicio de la lectura parcial de notas para ayudar a la memoria. Si está presente la víctima y ésta desea exponer, debe dársele la palabra, aunque no haya presentado querella. Finalmente, el juez debe consultar al acusado o su defensor si tienen algo más que manifestar. Este derecho del acusado a decir la última palabra (que en la reforma del COPP de 2012 no se denomina de esta manera), como una manifestación del derecho a la defensa que impediría nueva contradicción del acusador sobre sus alegatos de defensa, puede, ser renunciado por aquél. Una vez que el acusado expusiere, si a bien lo tiene o su defensor, el juez debe declarar cerrado el debate.

2.3. Retiro de la acusación

El COPP no contempla previsión alguna sobre el retiro de la acusación por parte del Ministerio Público. Por tanto, resulta fundamental el manejo de los criterios que podrían esgrimirse en caso de que se planteara tal situación. Al respecto, cabría considerar dos supuestos:

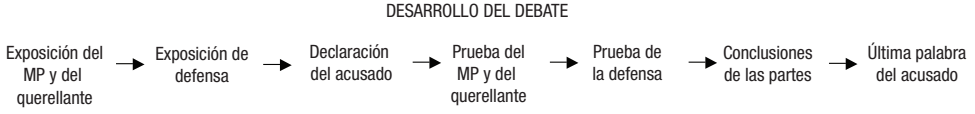
2 ARMENTA DEU, Teresa (95). Principio Acusatorio y Derecho Penal. Edit. Bosch. p. 64.

3 El Juez debe ser muy celoso, en su condición de director del debate, del cumplimiento de tales exigencias, en orden a evitar que el juicio se constituya en una mera lectura de actas.

a) Dado que el *ius puniendi* pertenece al Estado, ya no podría evitarse la sentencia correspondiente, salvo que se tratare de delitos perseguibles a instancia de parte agraviada. Esta tesis es sostenida entre otros por VERGE GRAU y GÓMEZ ORBANEJA.

b) Retirada la acusación por parte del titular de la acción penal, desaparece también el objeto del proceso (DE DIEGO DÍEZ).

Nos inclinamos por la primera postura por considerar que no obstante que el Ministerio Público ejerce la acción penal en nombre del Estado, ese mismo Estado por ser el titular del *ius puniendi*, debe ajustarse a la legalidad y decidir con base al resultado del proceso, por tanto, si el debate ha conducido a una sentencia condenatoria, a pesar del retiro de la acusación el tribunal debe condenar; ello no obsta para que absuelva si esa es la consecuencia que se deriva de las pruebas practicadas en su presencia.



3. Deliberación y sentencia

Una vez concluido el debate el Juez o Jueza debe retirarse de la sala a los efectos de deliberar y elaborar la sentencia respectiva, previa convocatoria a las partes para el mismo día a fin de imponerlos del contenido o dispositivo del fallo.

La sentencia, como decisión judicial que le pone fin al juicio, no puede sobrepasar el hecho imputado en la acusación. Esta limitación, que recibe el nombre de principio *de congruencia entre acusación y sentencia,* impide al juez sentenciar con base a una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio si no advirtió previamente al acusado de tal posibilidad.

Esa congruencia o correlación debe ser subjetiva y objetiva. La primera se refiere a la persona del acusado e implica que no podrá ser condenado si no tuvo previamente aquella condición. La correlación objetiva se refiere al hecho punible e impone su inmutabilidad[4].

Con base al principio *iura novit curia*, el juez presidente podría cambiar la calificación jurídica dada al hecho en la acusación, así lo admite el principio acusatorio[5] que implica la vinculación del juzgador a la acusación, esto es, a la persona y hechos acusados, pero no a otros elementos (calificación, pena) que deben ponerse en relación

4 BERZOSA, Victoria. ob. cit. p. 584-585.
5 Ob. cit. p. 64.

con el proceso de contradicción. No obstante aquel principio entraría en contradicción con el de defensa, cuando la calificación jurídica que el juez de al hecho objeto del proceso, conlleve a la condena por un hecho que atenta contra un bien jurídico distinto, es decir, no se trata de lo que la doctrina y el Tribunal Constitucional español consideran "delitos homogéneos", pues en ese caso el acusado habría sido sorprendido con una calificación jurídica que no tuvo la posibilidad de contradecir[6].

La sentencia que se dicte deberá contener los siguientes requisitos (art. 346):

1. La mención del tribunal y la fecha en que se dicta; el nombre y apellido del acusado o acusada y los demás datos que sirvan para determinar su identidad personal;
2. La enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto del juicio;
3. La determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estime acreditados;
4. La exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho;
5. La decisión expresa sobre el sobreseimiento, absolución o condena del acusado o acusada, especificándose en este caso con claridad las sanciones que se impongan;
6. La firma del juez o jueza.

De lo anterior se advierte (num. 5), que son tres los tipos de sentencia que puede dictar el tribunal de juicio (absolutoria, de sobreseimiento y de condena). Si se dictare una sentencia absolutoria esta ordenará la libertad del imputado o imputada, la cesación de las medidas cautelares, la restitución de los objetos afectados al proceso que no estén sujetos a comiso, las inscripciones necesarias y fijará las costas. Aun cuando tal pronunciamiento judicial no esté firme debe ordenarse la libertad del acusado o acusada, la cual se hará efectiva desde la propia sala de audiencias.

Por su parte la sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan y, de ser procedente, las obligaciones que deberá cumplir el condenado. Igualmente en las penas o medidas de seguridad la sentencia fijará provisionalmente la fecha en que la condena finaliza, pues el cómputo definitivo de una u otra corresponde al juez de ejecución una vez que la sentencia adquiera firmeza. También la sentencia fijará el plazo dentro del cual se deberá pagar la multa y decidir sobre las costas y la entrega de objetos ocupados a quien el tribunal considera con mejor derecho a poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan ante los tribunales competentes, y sobre el comiso y destrucción, previstos en la ley.

Cuando la sentencia establezca la falsedad de un documento, el tribunal mandará inscribir en él una nota marginal sobre su falsedad, con indicación del tribunal, del proceso en el cual se dictó la sentencia y de la fecha de su pronunciamiento.

6 Sobre la posibilidad de modificar la calificación jurídica: VÁSQUEZ, Magaly: El control de la acusación… pp. 220-222.

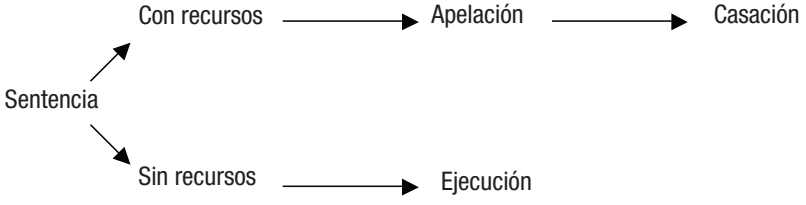
Como aspecto significativo destaca la obligatoriedad de que la sentencia se emita inmediatamente después de concluida la audiencia. Se prevé como supuesto excepcional que si la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora tornan necesario definir la redacción de la sentencia, se leerá sólo su parte dispositiva y el juez expondrá sintéticamente a las partes y al público los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron la decisión. La publicación de la sentencia se llevará a cabo, a más tardar, dentro de diez días siguientes al pronunciamiento de la parte dispositiva.

Todo lo acontecido durante el debate debe ser reflejado en el acta que el Secretario debe levantar al efecto. Conforme a lo dispuesto en el art. 350 tal acta debe contener por lo menos, las siguientes enunciaciones:

1. Lugar y fecha de iniciación y finalización de la audiencia, con mención de las suspensiones ordenadas y de las reanudaciones;
2. El nombre y apellido del juez o jueza, partes, defensores o defensoras y representantes;
3. El desarrollo del debate, con mención del nombre y apellido de los o a las testigos, expertos o expertas e intérpretes, señalando los documentos leídos durante la audiencia;
4. Las solicitudes y decisiones producidas en el curso del debate, y las peticiones finales del Ministerio Público, querellante, defensor o defensora e imputado o imputada;
5. La observancia de las formalidades esenciales, con mención de si se procedió públicamente o fue excluida la publicidad, total o parcialmente;
6. Otras menciones previstas por la ley, o las que el juez o jueza ordene por sí o a solicitud de las partes;
7. La forma en que se cumplió el pronunciamiento de la sentencia, con mención de las fechas pertinentes;
8. La mención de los medios tecnológicos utilizados durante el debate, si fuera el caso y para el registro de la audiencia.
9. La firma del juez o jueza y del secretario o secretaria.

El acta sólo demuestra el modo como se desarrolló el debate, la observancia de las formalidades previstas, personas que han intervenido y actos que se llevaron a cabo y debe ser leída por el secretario ante los comparecientes inmediatamente después de la sentencia, con lo que las partes quedarán notificadas.

Con este acto concluye la tercera fase del procedimiento ordinario contenido en el COPP. En caso de que se recurra la sentencia dictada se verifica el inicio de la fase de impugnación o de recursos.



PROCEDIMIENTOS ESPECIALES XIV

El COPP, contempla y desarrolla en su Libro Tercero el trámite a seguir en los procedimientos especiales.

Los ocho procedimientos que en este Libro se regulan tienen en común y de allí el calificativo de *especiales,* que presentan variantes respecto al orden de las fases que contempla el procedimiento ordinario. En efecto, mientras que en el procedimiento ordinario puede advertirse una fase preparatoria, una intermedia, una de juicio, una de impugnación y otra de ejecución, los procedimientos especiales se caracterizan por la supresión de una o varias de esas fases o, por establecer alguna modalidad en cuanto a su desarrollo.

1. Procedimiento para el juzgamiento de los delitos menos graves

Incorpora el COPP en la reforma de 2012 un nuevo procedimiento especial referido al juzgamiento de los delitos denominados menos graves, entendiendo por los mismos, *los delitos de acción pública cuyas penas en su límite máximo no excedan de ocho años de privación de libertad*. En este caso la competencia para el conocimiento de las fases preparatoria e intermedia se atribuye al Juez de Primera Instancia Municipal en función de Control, órgano judicial también creado en la reforma y el cual, según se asienta en la Exposición de Motivos, "constituye un cambio de fondo del Sistema de Justicia Penal, que se caracteriza por la aplicación de nuevas instancias jurisdiccionales". Verdaderamente la incorporación de esa "nueva instancia jurisdiccional" no se ha traducido sino en el incremento del número de jueces en función de control y en modo alguno ha constituido al mecanismo de mayor acercamiento del sistema de justicia al ciudadano, tal como se sostuvo.

Se exceptúan de la aplicación del procedimiento especial por delitos menos graves independientemente de la pena que merezcan, los delitos de "homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, corrupción, delitos contra que el patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra".

El trámite contemplado en el Código adjetivo sigue el esquema del procedimiento ordinario desarrollado en el Libro Segundo del COPP con algunas particularidades. En tal sentido se regula el desarrollo de las fases preparatoria e intermedia modificando lapsos y oportunidad para la procedencia, fundamentalmente de las alternativas a la prosecución del proceso y de la presentación del acto conclusivo.

En relación con las medidas de coerción personal también se establece una regulación particular e incluso contradictoria. En efecto, se prevé en el art. 355 que salvo en los casos de comprobada contumacia o rebeldía, a los procesados y procesadas por delitos menos graves, conforme a lo previsto en el art. 354, se les podrá decretar medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de libertad, de acuerdo a lo previsto en el art. 242 del COPP y a tales efectos se considera contumacia o rebeldía, cualquiera de los siguientes hechos:

1. La falta de comparecencia injustificada del procesado o procesada, de acudir al llamado del órgano jurisdiccional, o del Ministerio Público;
2. La conducta violenta o intimidatoria, debidamente acreditada, del imputado o imputada durante el proceso hacia la víctima o testigos;
3. El incumplimiento de las medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de libertad impuestas;
4. El encontrarse incurso en un nuevo hecho punible.

En los casos de contumacia o rebeldía, el Juez o Jueza de Instancia Municipal de oficio o a solicitud del Ministerio Público, previa comprobación del hecho puede revocar la medida o medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de libertad, que hayan sido previamente acordadas sin perjuicio de volver a otorgarlas.

Si el proceso se inicia mediante la interposición de una denuncia, querella o de oficio, el Ministerio Público luego de la investigación preliminar y la práctica de las diligencias tendientes a investigar y hacer constar la comisión del delito, las circunstancias que permitan establecer la calificación y la responsabilidad de los autores y demás partícipes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración debe solicitar al Tribunal de Instancia Municipal proceda a convocar al imputado o imputada debidamente individualizado o individualizada para la celebración de una audiencia de presentación, a realizarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su citación.

Se prevé en el art. 356 que en la audiencia de presentación, deben verificarse los extremos previstos en el art. 236 del Código, "la legitimidad de la aprehensión, y la medida de coerción personal a imponer". Esta última exigencia carece de toda lógica toda vez que se trata de una audiencia de imputación a la cual comparece la persona investigada previa citación, lo que implica que mal podría analizarse la legitimidad de una aprehensión que no existe. Adicionalmente, pareciera que en todo caso se debe imponer una medida de coerción personal, lo cual tampoco es procedente salvo que exista un riesgo procesal que la justifique.

En la audiencia, el Ministerio Público debe realizar el acto de imputación, informando al imputado o imputada del hecho delictivo que se le atribuye con mención de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su comisión, incluyendo aquellas de importancia para la calificación jurídica y las disposiciones legales que resulten aplicables. El Juez o Jueza de Instancia Municipal, debe imponer al imputado del precepto constitucional que le exime de declarar en causa propia, e igualmente informarle de las fórmulas alternativas a la prosecución del proceso, las cuales de ser solicitadas, pueden acordarse "desde esa misma oportunidad procesal, con excepción del procedimiento especial por Admisión de los Hechos". Al término de la audiencia se dictará la decisión que corresponda. La mención al procedimiento por admisión de los hechos favorece la confusión en cuanto a su naturaleza jurídica, que no es otra que la de procedimiento especial, por tanto carece de sentido mencionar la excepción a su imposición en este momento procesal, dado que esta figura no constituye una alternativa a la prosecución del proceso.

En relación con la procedencia de las alternativas a la prosecución del proceso en esta incipiente oportunidad procesal es pertinente formular las siguientes consideraciones:

a. La aplicación del principio de oportunidad supone el desarrollo de una investigación previa al término de la cual se concluya en la concurrencia de fundados elementos de convicción que sustenten una acusación, de la cual el fiscal puede prescindir previa autorización judicial, razón por la cual esta alternativa estaría descartada en este momento procesal.
b. La propuesta de reparar el daño causado a la víctima supone que la cualidad de ésta haya sido reconocida lo cual, según el iter procesal desarrollado no queda claro.
c. Se modifican los términos de procedencia de la suspensión condicional del proceso al permitirse la admisión de los hechos establecidos en el acto de imputación y no en la acusación tal como se prevé en el art. 43, a pesar de que en el art. 357 se afirma que "los supuestos para la procedencia, cumplimiento y aplicación de las Fórmulas Alternativas a la Prosecución del Proceso…, se regirán por lo previsto en las normas del procedimiento ordinario".

Contradictoriamente con lo dispuesto en el procedimiento abreviado por delitos flagrantes desarrollado a partir del art. 372, dispone la parte in fine del art. 356 que cuando el proceso se inicie "con ocasión a la detención flagrante del imputado o imputada, la presentación del mismo se hará ante el Juez o Jueza de Instancia Municipal, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su detención, siguiéndose lo dispuesto en el primer y segundo aparte de este artículo". En este sentido cabe preguntarse cuál debe ser el trámite a seguir, considerando que el referido art. 372, norma especial referida a los delitos flagrantes, dispone la aplicación de ese procedimiento especial "cualquiera que sea la pena asignada al delito", es decir, sin distinguir si el delito flagrante es menos grave o no.

Desde el inicio de la vigencia del COPP la tramitación de los delitos flagrantes ha sido objeto de una regulación especial considerando las circunstancias de comisión del delito y el hecho de que el imputado o imputada ha sido aprehendido sin que medie una orden judicial, siendo así a los delitos flagrantes debería aplicar la normativa contemplada entre los artículos 372 y 374 merezcan o no una pena de hasta ocho años de privación de libertad. No cabe como argumento considerar que el también procedimiento especial por admisión de los hechos es regulado de forma particular para los delitos menos graves, pues en estos casos la aplicación del mismo no ha estado asociada al quantum de la pena sino a la oportunidad procesal para el dictado de una sentencia de condena con la subsiguiente renuncia del imputado al derecho a un juicio.

En relación con la suspensión condicional del proceso contempla el art. 358 que tal alternativa puede acordarse desde la fase preparatoria, siempre que sea procedente y el imputado o imputada en la oportunidad de la audiencia de presentación así lo haya solicitado y acepte previamente el hecho que se le atribuye en la imputación fiscal. La solicitud del imputado o imputada debe ser acompañada de una oferta de reparación social, que consistirá en su participación en trabajos comunitarios, así como el compromiso de someterse a las condiciones que fije el Juez o Jueza de Instancia Municipal. Si la solicitud es efectuada en la oportunidad de celebrarse la audiencia preliminar, se requerirá que el imputado o imputada, en dicha audiencia, una vez admitida la acusación fiscal, admita los hechos objeto de la misma. Al admitirse la suspensión condicional del proceso, como mecanismo que le permite al imputado evitar una sentencia de condena en los casos en que la pena por el hecho que se le atribuye no exceda de ocho años, se vuelve a la fórmula original del COPP de 1999, régimen que había sido modificado en la reforma de 2001.

Según el art. 359 son condiciones para el otorgamiento de la suspensión condicional del proceso, "la restitución, reparación o indemnización por el daño causado a la víctima", en forma material o simbólica, el trabajo comunitario del imputado o imputada, acusado o acusada en cualquiera de los programas sociales que ejecuta el Gobierno Nacional y/o trabajos comunitarios, en la forma y tiempo que determina el Juez o Jueza de Instancia, según la formación, destrezas, capacidades y demás habilidades del imputado o imputada, acusado o acusada, que sean de utilidad a las necesidades de la comunidad.

Al contemplarse de forma expresa que la oferta del imputado o imputada debe comprender la restitución, reparación o indemnización por el daño causado es claro que con el cumplimiento de las condiciones y plazo establecidos para la suspensión condicional del proceso que conducirían a la extinción de la acción penal, también se extinguiría la acción civil, pues el objeto de la misma, según el art. 50 del COPP, es precisamente restituir, reparar e indemnizar a la víctima por los daños y perjuicios causados por el delito.

El trabajo comunitario del imputado o imputada, acusado o acusada debe hacerse cuidando en todo momento que la labor social no obstaculice el trabajo que al momento de la comisión del hecho punible venía desarrollando como medio de sustento personal y familiar. Al establecerse la posibilidad de que el trabajo comunitario que el imputado realice se cumpla en cualquiera de los programas sociales que ejecuta el Gobierno Nacional se hace evidente la concepción política que guió su incorporación en la reforma.

Adicionalmente a la participación del imputado o imputada en las actividades de contenido social establecidas en el art. 359, el Juez o Jueza de Instancia Municipal puede imponerle cualquiera de las condiciones previstas en el art. 45[1].

El régimen de prueba a que debe someterse el imputado está sujeto al control y vigilancia por parte del Juez o Jueza de Instancia Municipal, quien deberá designar a un representante del consejo comunal u organización social existente de la localidad que ejerza funciones de coordinador, director o encargado del programa o actividad social a la que se someta el imputado o imputada, acusado o acusada. La persona designada debe presentar un informe mensual al Juez o Jueza relativo al cumplimiento de las condiciones impuestas. Dicho informe debe contar con el aval de la organización del poder popular correspondiente, "en garantía del principio de participación ciudadana". Es de advertir que en varias disposiciones reformadas en el año 2012 se trata de justificar la eliminación de los escabinos a través de supuestas fórmulas de participación popular que verdaderamente no tienen tal carácter sino que se trata, en todo caso, de mecanismos de contraloría social.

La duración de la suspensión condicional del proceso o del acuerdo reparatorio a plazos, ya sea que se acuerden en la oportunidad de llevarse a cabo la audiencia de imputación o en la audiencia preliminar, no puede ser inferior a tres meses ni superior a ocho meses, de cumplimiento efectivo de las condiciones impuestas. Vencido el lapso otorgado para la duración de tales fórmulas alternativas a la prosecución del proceso, el Juez o Jueza debe proceder a verificar, dentro de los diez días hábiles siguientes, el cumplimiento de las condiciones impuestas si se trata de una suspensión condicional del proceso, o el cumplimiento definitivo si se trata de un acuerdo reparatorio, así como el cumplimiento o no de las medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de libertad si se hubieren impuesto. Si de la verificación se constata el cumplimiento efectivo, debe dictar el sobreseimiento por extinción de la acción penal, notificando de ello a las partes y a la víctima no querellada.

Extrañamente el art. 361 contempla que el Juez o Jueza de Instancia Municipal PUEDE dictar sentencia de sobreseimiento. Siendo que se han cumplido todos los requisitos y condiciones fijados para la aplicación de las alternativas, es forzoso concluir que el juez debe dictar el sobreseimiento, el cual, además, sólo puede acordarse mediante AUTO considerando la oportunidad procesal, pues se trataría de las fases

1 Erróneamente la norma remite al procedimiento ordinario siendo lo correcto la remisión a las disposiciones generales del COPP

preparatoria o intermedia de este procedimiento especial. Esto resulta corroborado por la disposición prevista en la misma norma según la cual las partes pueden ejercer recurso de apelación contra el auto que decrete el sobreseimiento.

Si en el plazo fijado se verifica el incumplimiento del acuerdo reparatorio ofertado a plazos o de las condiciones impuestas para la suspensión condicional del proceso, así como de las medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de libertad, el Juez o Jueza de Instancia Municipal atendiendo a la oportunidad procesal en que tales alternativas fueron solicitadas y acordadas, debe proceder de la siguiente manera:

1. Si se solicitaron y acordaron en la oportunidad de celebrarse la audiencia de imputación, el Juez o Jueza notificará del incumplimiento al Ministerio Público, a los efectos de que éste en el lapso de sesenta días continuos siguientes, presente el correspondiente acto conclusivo.
2. Si se solicitaron y acordaron en la oportunidad de celebrarse la audiencia preliminar, el Juez o Jueza notificará del incumplimiento al Ministerio Público y pasará a dictar sentencia de condena, conforme al procedimiento especial por admisión de los hechos, previsto en la parte final del numeral 1 del artículo 371 del COPP.

La pésima técnica legislativa adoptada en la inconstitucional reforma de 2012 tiene uno de sus más claros ejemplos en la nueva regulación que de las alternativas a la prosecución del proceso se contempló en el marco del procesamiento de los denominados delitos menos graves, situación que genera como consecuencia la inaplicabilidad de las referidas alternativas desarrolladas en las disposiciones generales del Libro Primero del COPP, considerando que las mismas sólo proceden en el caso de delitos cuya pena no supera los ocho años de privación de libertad. En efecto, la existencia de una legislación especial que priva sobre la general conduce a que de las normas contempladas entre los artículos 41 y 47 sólo mantendrían vigencia algunos requisitos y/o condiciones y el efecto de las mismas en caso de cumplimiento, es decir, el sobreseimiento por extinción de la acción penal.

Si el imputado o imputada no hizo uso de las fórmulas alternativas a la prosecución del proceso en la oportunidad de realizarse la audiencia de imputación, el Ministerio Público debe concluir la investigación dentro del lapso de sesenta días continuos siguientes a la celebración de dicha audiencia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 358 del COPP.

Si vencido el lapso para la presentación del acto conclusivo, ya sea que el imputado haya incumplido con las condiciones previstas para el otorgamiento de una alternativa a la prosecución del proceso o que en la oportunidad de realizarse la audiencia de imputación no hizo uso de las mismas, el fiscal del Ministerio Público, omite su presentación, el Juez o Jueza de Instancia Municipal, debe decretar el archivo judicial de las actuaciones, el cual comporta el cese inmediato de todas las medidas de coerción

personal, cautelares y de aseguramiento impuestas y la condición de imputado o imputada.

Una vez presentada la acusación el Juez o Jueza debe convocar a las partes a una audiencia oral a realizarse dentro de un plazo no menor de diez días ni mayor de quince días hábiles siguientes.

La víctima puede presentar acusación particular propia dentro del plazo de tres días contados desde la fecha de la notificación de la convocatoria o adherirse a la acusación del Fiscal o la Fiscal del Ministerio Público hasta el mismo día de la audiencia oral.

En relación con la comparecencia de la víctima a la audiencia preliminar, el art. 365 establece las siguientes reglas:

a. Cuando previamente a la celebración de la audiencia, conste en autos que la víctima ha delegado la representación de sus derechos en el Ministerio Público, éste asumirá su representación, por lo que si llegado el día y hora para la celebración de la audiencia preliminar, el Juez o Jueza verificare la presencia del resto de las partes, llevará a cabo la celebración del acto.
b. Si la víctima no hubiere delegado su representación en el Ministerio Público, la misma se tendrá como debidamente citada cuando haya sido notificada por cualquiera de los medios contemplados en el Código y así conste en autos.
c. Si estando debidamente citada para la realización de la audiencia preliminar, la víctima no comparece, la audiencia se realizará sin su presencia.

Corresponde al Juez o Jueza de Instancia Municipal realizar lo conducente para garantizar que se celebre la audiencia preliminar en la oportunidad establecida.

Si llegado el día y hora para la celebración del acto de audiencia preliminar, el Juez o Jueza de Instancia Municipal corrobora la inasistencia de alguna de las partes puede diferir la audiencia en una única oportunidad.

En el acto de diferimiento y a los fines de la celebración de la audiencia preliminar que haya de fijarse nuevamente, se atenderán las reglas establecidas en el artículo 310 del COPP relativas a la incomparecencia de las partes, en cuanto sean aplicables.

En todo caso, el lapso para la celebración de la nueva audiencia preliminar, deberá hacerse dentro de los diez días hábiles siguientes, a la fecha de diferimiento. Si es el imputado quien no comparece injustificadamente, la audiencia preliminar se hará una vez ejecutada la orden de aprehensión librada en su contra.

En el acto de diferimiento, el Juez o Jueza de Instancia Municipal debe dejar constancia en acta de la citación de las partes presentes, y ordenar la citación de los ausentes, para su asistencia en la nueva fecha fijada; salvo el supuesto de abandono tácito de la defensa privada, en cuyo caso se ordenará lo conducente para la designación de un defensor o defensora público penal.

Tal como se regula en el procedimiento ordinario, contempla el art. 367 que el fiscal o la fiscal, la víctima, siempre que se haya querellado o presentado una acusación particular propia, y el imputado o imputada, podrán realizar por escrito los actos y cargas procesales previstos en el artículo 311 del Código, hasta cinco días antes de la fecha fijada para la celebración de la audiencia preliminar. Igualmente, la imposición o revocación de una medida de coerción personal, la aplicación de las fórmulas alternativas a la prosecución del Proceso, la solicitud de aplicación del procedimiento por admisión de los hechos; y la proposición de pruebas que podrían ser objeto de estipulación entre las partes; pueden ser planteadas de forma oral al momento de llevarse a cabo el desarrollo de la audiencia preliminar, las cuales serán resueltas por el Juez o Jueza de Instancia Municipal al término de la audiencia.

El día señalado se realizará la audiencia en la cual las partes expondrán brevemente los fundamentos de sus peticiones. Durante la misma el imputado o imputada podrá solicitar que se le reciba su declaración, la cual será rendida con las formalidades previstas en las disposiciones generales del COPP. El Juez o Jueza de Instancia Municipal, debe informar a las partes sobre las medidas alternativas a la prosecución del proceso, aun cuando el imputado haya hecho uso de las mismas en la audiencia de presentación y se hubiese verificado su incumplimiento. En ningún caso se permitirá que en la audiencia preliminar se planteen cuestiones que son propias del juicio oral y público y finalizada la audiencia el Juez o Jueza debe resolver conforme a lo previsto en el artículo 313 del Código.

Si al término de la audiencia preliminar, el Juez admite parcialmente la acusación del Ministerio Público o del querellante y ordena la apertura a juicio, y otorga a los hechos una calificación jurídica provisional distinta a la contenida en éstas que conlleve a la incompetencia sobrevenida del Tribunal de Instancia Municipal, así lo declarará, declinando la competencia al Tribunal de Primera Instancia Estadal en Funciones de Control respectivo.

La decisión por la cual el Juez o Jueza de Instancia Municipal admite la acusación debe dictarse ante las partes contener los requisitos del auto de apertura a juicio establecidos en el artículo 314 del COPP.

La celebración del juicio oral y público, debe realizarse ante un tribunal de primera instancia en funciones de juicio del Circuito Judicial Penal del respectivo estado donde se encuentre el juzgado de primera instancia municipal, o de la extensión de dicho Circuito Judicial Penal más cercano. Sobra la mención que hace el art. 370 a que debe tratarse de un tribunal unipersonal, considerando que la reforma suprimió la figura de los escabinos.

La celebración del juicio oral y público, se hará siguiendo las normas previstas para la fase de juicio en el procedimiento ordinario.

En relación con la admisión de los hechos, el art. 371 contempla su procedencia desde la audiencia preliminar, una vez admitida la acusación presentada por el

Ministerio Público, hasta antes de la recepción de pruebas y para su aplicación prevé las siguientes reglas:

1. Solicitud formulada en la oportunidad de celebrarse la audiencia preliminar:

a. Si el Juez o Jueza de Instancia Municipal, verifica que el imputado o imputada incumplió de acuerdo a lo previsto en el art. 362, con una fórmula alternativa a la prosecución del proceso que le hubiese sido acordada durante la fase preparatoria, rebajará la pena que resulte aplicable solamente en un tercio.

Seguidamente se contempla que igual rebaja aplicará "si luego de acordada la fórmula alternativa a la prosecución del proceso durante la audiencia preliminar, se determina el incumplimiento de la mismas", supuesto cuya aplicación no sería posible en este momento procesal, pues el incumplimiento necesariamente debió verificarse con posterioridad a la audiencia preliminar dado que fue en ese acto procesal cuando se aprobó el acuerdo reparatorio o la suspensión condicional del proceso.

b. Si el Juez o Jueza de Instancia Municipal verifica que el imputado o imputada no hizo uso de las fórmulas alternativas a la prosecución del proceso durante la fase preparatoria, rebajará la mitad de la pena que resulte aplicable.

2. Si la admisión de los hechos es solicitada ante el tribunal de juicio, previo al inicio del debate probatorio, el Juez o Jueza de Juicio; rebajará la pena que resulte aplicable solamente en un tercio.

En definitiva se penaliza el previo incumplimiento de las alternativas a la prosecución del proceso o la tardía admisión de los hechos (en fase de juicio) con una rebaja de solo un tercio de la pena.

2. Procedimiento abreviado

El COPP prevé en el art. 372, que el Ministerio Público podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando se trate de delitos flagrantes. En este caso no importa el *quantum* de la pena.

En los casos de aprehensión *in fraganti*, el aprehensor debe, dentro de las doce horas siguientes, poner al aprehendido a disposición del Ministerio Público, quien dentro de las treinta y seis horas siguientes debe presentarlo ante el juez de control y exponer como se produjo la aprehensión. El fiscal del Ministerio Público puede solicitar ante el juez la aplicación del procedimiento abreviado u ordinario.

El juez de control deberá calificar la flagrancia, esto es, si la situación encuadra o no en la previsión del art. 234 del COPP. Si estima que está acreditada la flagrancia y el Ministerio Público hubiere solicitado la aplicación del procedimiento abreviado, debe remitir las actuaciones al tribunal de juicio, para que éste convoque la celebración del juicio oral y público dentro de los diez a quince días siguientes. En este caso el fiscal

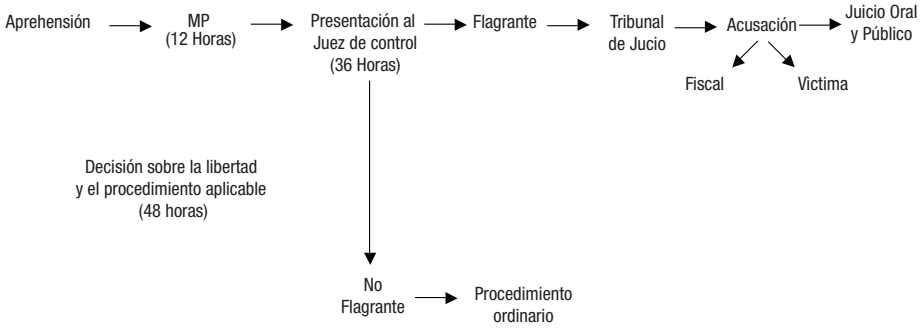
y el querellante deberán presentar la acusación directamente en la audiencia del juicio oral y, a partir de allí deben seguirse los trámites del procedimiento ordinario.

En cuanto a la oportunidad para la presentación de la acusación ante el Tribunal de Juicio, contempla el art. 373 que el fiscal y la víctima deben presentarla hasta cinco días antes de la audiencia de juicio. A este lapso, antes no expresamente regulado en el COPP, se había referido la Sala Constitucional en el fallo N° 2075 de fecha 5 de agosto de 2003, en el que sostuvo, que resulta violatorio al debido proceso y al derecho a la defensa que el Ministerio Público presente la acusación en la oportunidad de la celebración del juicio oral y público, pues el imputado no dispondría del tiempo para ejercer su defensa, por lo que acogió el criterio sentado en la decisión de fecha 28 de mayo de 2003 dictada por la Sala Plena (caso: Julián Isaías Rodríguez Díaz), según el cual el Fiscal del Ministerio Público y la víctima, deberán presentar la acusación hasta cinco días de despacho antes del juicio. En el mismo fallo la Sala Constitucional se preguntó "¿qué sucede cuando ha transcurrido, en ese procedimiento abreviado, más de quince (15) días sin que el Ministerio Público hubiese presentado acusación y el imputado se encuentre privado judicialmente de su libertad?" a lo que respondió:

> "… el artículo 371 de ese Código Penal Adjetivo dispone que en lo no previsto en los procedimientos especiales –en el cual se incluye el procedimiento abreviado- y siempre que no se opongan a ellos, se aplicará las reglas del procedimiento ordinario, por lo que conforme al contenido de esa norma, es posible aplicar supletoriamente lo señalado en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando se refiere al lapso de treinta (30) días, y su prórroga, contados a partir de la privación judicial preventiva de libertad, para que el Ministerio Público presente la acusación.
>
> En efecto, se precisa que si han transcurrido más de treinta (30) días, o su prórroga en caso de haberse acordado, sin que el Ministerio Público hubiese presentado acusación en el procedimiento abreviado, el Juez que conozca de la causa deberá acordar, de oficio, la libertad del imputado o imponerle una medida cautelar sustitutiva, como lo señala el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal".

En caso de que el juez de control determine que no se trata de un delito flagrante, deberá levantar un acta en la que se hará constar esta circunstancia y se seguirán las disposiciones del procedimiento ordinario.

En todo caso, el juez de control debe pronunciarse sobre los pedimentos fiscales dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes contadas a partir del momento en que el aprehendido o aprehendida es puesto a su disposición.



En relación con el recurso de apelación que el Ministerio Público puede proponer y el efecto suspensivo del mismo, la reforma de 2012 estableció un cambio notable pues dispone el art. 374 la ejecución inmediata de la decisión que acuerde la libertad del imputado, salvo cuando se tratare delitos de homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra, o cuando el delito merezca pena privativa de libertad que exceda de doce años en su límite máximo, y el Ministerio Público ejerciere el recurso de apelación oralmente en la audiencia. En estos casos se prevé que se oirá a la defensa, debiendo el Juez o Jueza remitir el recurso a la Corte de Apelaciones dentro de las veinticuatro horas siguientes, la cual considerará los alegatos de la defensa, si ésta los expusiere, y resolverá dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes contadas a partir del recibo de las actuaciones.

Tal efecto suspensivo resulta lesivo al derecho a la libertad y al dispositivo contemplado en el artículo 44 Constitucional, según el cual una vez dictada orden de excarcelación por parte de la autoridad competente, aquella debe ejecutarse de inmediato sin consideración alguna al delito o la pena. En este sentido la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 370 de fecha 4 de julio de 2007, declaró que "el efecto suspensivo que produce la interposición del recurso de apelación contra el auto que acuerda la libertad del imputado, no debe ser aplicado por mandato del artículo 44, numerales 1 y 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela". Por lo tanto, "si el juez acordó la libertad de una persona aprehendida, no existe, en consecuencia, una orden de privación de libertad

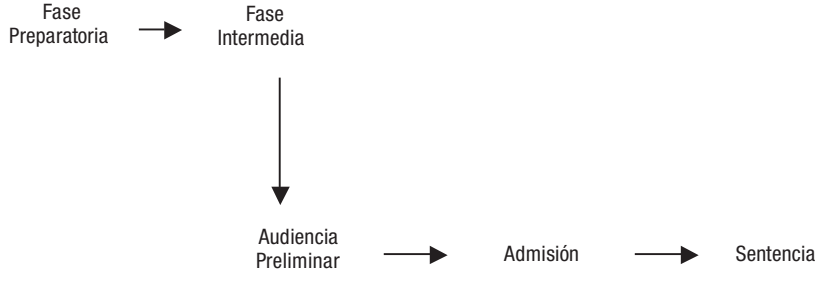
que sustente la privación material o corporal de esa persona, por lo que, mantener la privación por el efecto suspensivo de la apelación contra el auto que acuerda la libertad, sería colocar el derecho a la impugnación por encima del derecho fundamental a la libertad" pues "el derecho a la libertad personal no puede ser conculcado por el derecho a impugnar las decisiones judiciales ni mucho menos en razón de las supuestas finalidades del proceso", concluyéndose que "no existe razón para aplicar el efecto suspensivo del recurso de apelación ejercido contra el auto que acuerda la libertad del imputado, pues el Estado tiene la capacidad de aprehender nuevamente a una persona que haya sido previamente liberada".

Si bien el citado fallo estaba referido a la anterior previsión del art. 374, el fundamento para sostener la inconstitucionalidad de dicho efecto suspensivo, está plenamente vigente.

3. Procedimiento por admisión de los hechos

Procede la aplicación del procedimiento por *admisión de los hechos* cuando el imputado consiente en ello y reconoce su participación en el hecho que se le atribuye, esto puede conllevar a la imposición inmediata de la pena con una rebaja desde un tercio a la mitad, atendidas todas las circunstancias y considerados el bien jurídico afectado y el daño social causado.

Esta institución, cuyos antecedentes a nivel de derecho comparado, se ubican en la "conformidad" española y el *plea guilty* americano, y a nivel de derecho interno, en el corte de la causa en providencia, supone un acto de disposición de la parte acusadora y, como aspecto trascendental, el arrepentimiento del imputado. En este sentido apunta CHIESA APONTE[2] que un acusado en estas circunstancias renuncia a varios derechos constitucionales, incluyendo su privilegio contra la autoincriminación compulsoria, su derecho a juicio por jurado y su derecho a carearse con sus acusadores.



2 CHIESA APONTE, Ernesto (95). Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Volumen III. Forum. p. 204.

La admisión de los hechos supone una renuncia (voluntaria) al derecho a un juicio, principio garantizado no sólo por el COPP en su art. 1° sino también por instrumentos internacionales (PDCP, CADH) ratificados por la República. Al mismo tiempo, tal admisión evita al Estado el desarrollo de un proceso judicial que siempre resultará costoso.

3.1. Delitos en los que procede

A diferencia de la exigencia de la legislación española que limita la conformidad con los hechos a aquellos que constituyan delitos menos graves, el COPP no hace reserva alguna, en consecuencia, procede la admisión respecto de cualquier hecho punible.

Sin embargo, a partir de la reforma de 2012 se extiende el número de delitos en los que la rebaja de la pena producto de la admisión es menor. En efecto, el Juez o Jueza sólo podrá rebajar hasta un tercio de la pena aplicable cuando se trata de delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas cuya pena exceda de ocho años en su límite máximo, y en los casos de delitos de homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra.

3.2. Oportunidad procesal

El COPP prevé en el art. 375 que la admisión puede concretarse desde la audiencia preliminar, una vez admitida la acusación y hasta antes de la recepción de pruebas.

Según el art. 49.1 Constitucional "toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga", tales "cargos" se corresponden en la terminología del COPP con la acusación, por tanto si la admisión de los hechos puede conllevar a la imposición inmediata de la pena, tal admisión sólo puede efectuarse una vez admitida la acusación, por ello es la acusación el acto procesal que fija los hechos objeto del proceso, en consecuencia, permitir la admisión en una oportunidad anterior a la de la audiencia preliminar supondría una violación constitucional.

3.3. Requisitos de la admisión

La admisión que de los hechos haga el imputado o imputada debe ser:

a. *Voluntaria:* Dado que esta admisión supone una renuncia a derechos y garantías judiciales, el imputado debe conocer el alcance de su aceptación y, en consecuencia, debe voluntariamente renunciar a esos derechos.

b. *Expresa:* No cabe una tácita admisión de los hechos. La renuncia a cualquier derecho debe ser expresa; más aún tomando en consideración que como consecuencia de tal admisión puede generarse para el imputado una sentencia condenatoria.

c. *Personal:* No es posible que el imputado, a través de apoderado o representante pueda admitir los hechos, máxime cuando el acto de la audiencia preliminar supone la necesaria presencia del imputado.

d. No condicionada, pues el imputado no puede sujetar su admisión a la imposición de una determinada pena. Admitidos los hechos corresponde al juez fijar la pena a imponer estando limitado solo por los términos en que fue admitida la acusación.

3.4. Recursos

Dado que el legislador ubicó el Libro que trata de los recursos y de la ejecución de la sentencia, inmediatamente después de la regulación que allí se hace del procedimiento ordinario y de los procedimientos especiales, es lógico concluir que el régimen de recursos y ejecución es común para ambas categorías de procedimientos.

Por otra parte, si bien el COPP en su art. 443 declara la recurribilidad de la sentencia definitiva dictada en el juicio oral, lo que debe determinar la procedencia del recurso no es la oportunidad procesal en que se dicte sino sus efectos, cual es poner fin al proceso. Tal criterio fue recogido en una sentencia de la Sala de Casación Penal de la extinta Corte Suprema de Justicia en noviembre de 1999.

En fallo N° 553 de fecha 21 de octubre de 2008 la misma Sala declaró que si bien la sentencia por admisión de los hechos no es dictada en un juicio oral y público, la misma le pone fin al proceso y su naturaleza jurídica es de decisión condenatoria, por ello ese fallo "tiene carácter de sentencia definitiva y debe regirse, en la fase recursiva conforme al procedimiento para la interposición del recurso de apelación de acuerdo a lo establecido en el artículo 453 del Código Orgánico Procesal Penal"[3].

3 Actualmente art. 445.

4. Procedimiento en los juicios contra el Presidente de la República y otros altos funcionarios del Estado

En desarrollo de las atribuciones conferidas por la Constitución en los numerales 2 y 3 del art. 266 al Máximo Tribunal de la República, regula el COPP, entre los arts. 376 y 381, el trámite previo a seguir para el enjuiciamiento del Presidente de la República, de quien haga sus veces y de los altos funcionarios del Estado. En estos casos se requiere que el Fiscal General de la República presente querella ante el Tribunal Supremo de Justicia; sin embargo, mediante sentencia N° 1331 del 20 de junio de 2002, la Sala Constitucional del Máximo Tribunal estableció que la víctima puede solicitar el antejuicio de mérito, pero no puede formalizarlo sin la intervención del Ministerio Público, pues a este corresponde "con base en lo que investigue, la proposición formal del antejuicio de mérito o los demás actos conclusivos del proceso penal establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal..." Posteriormente, mediante sentencia del 24 de septiembre del mismo año asentó que la cualidad de víctima se debe analizar en el caso concreto.

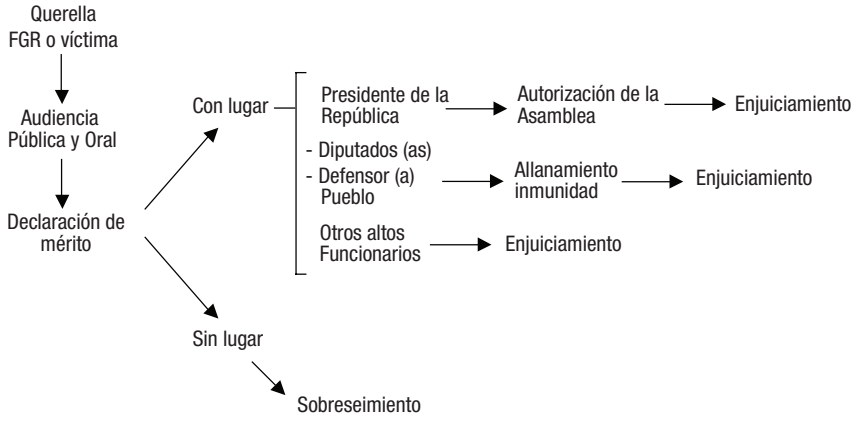
Por su parte la Sala de Casación Penal en la oportunidad de interpretar el art. 377[4] del COPP (fallo No. 456 del 10-12-03) estableció que

> "…tanto en los delitos de acción pública como en los de acción privada, el antejuicio deberá ser propuesto por el ciudadano Fiscal General de la República y, en el caso de que la sala Plena de este Supremo Tribunal declare el mérito para el enjuiciamiento del alto funcionario, corresponde a la víctima ejercer o no la acción penal".

Una vez recibida la querella, el Tribunal Supremo de Justicia debe convocar, dentro de los treinta días siguientes, a una audiencia oral y pública para que el imputado o imputada dé respuesta a la querella. Abierta la audiencia, el Fiscal General de la República debe explanar la querella y de inmediato el defensor exponer los alegatos correspondientes. En estos casos se admite réplica y contraréplica y el imputado tiene la última palabra.

Concluido el debate el Tribunal debe declarar, dentro de los cinco días siguientes, si hay o no mérito para el enjuiciamiento.

4 Actualmente art. 376



Si el Tribunal Supremo de Justicia declara que hay mérito para el enjuiciamiento del Presidente de la República, debe continuar conociendo de la causa hasta sentencia definitiva, previa autorización de la Asamblea Nacional, a tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del art. 266 Constitucional.

Si se trata de los otros altos funcionarios del Estado[5] y se declara que hay méritos para el enjuiciamiento, deben distinguirse dos supuestos:

a. Si se tratare de algún alto funcionario que no goce de inmunidad, éste quedará suspendido del ejercicio de sus funciones y el Tribunal Supremo de Justicia continuará conociendo de la causa hasta sentencia definitiva.

b. Si se tratare de un miembro de la Asamblea Nacional, el enjuiciamiento sólo será procedente en caso de que la Asamblea acuerde el allanamiento de la inmunidad parlamentaria. En caso de que se levantare tal privilegio, deben remitirse los autos al Tribunal Supremo de Justicia quien continuará conociendo de la causa hasta sentencia definitiva. Si se tratare del Defensor o Defensora del Pueblo, funcionario que goza de inmunidad conforme a lo establecido en el art. 282 de la Constitución, debe procederse al allanamiento de tal inmunidad, sin embargo, no establece la Constitución ni la ley cuál es la autoridad competente para efectuar el allanamiento; no obstante por ser

5 Según el numeral 3 del art. 266 Constitucional, tienen la condición de altos funcionarios, el Vicepresidente o Vicepresidenta de la República, los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, los Ministros o Ministras, el Procurador o Procuradora General, el Fiscal o Fiscala General, el Contralor o Contralora General de la República, el Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, Oficiales u Oficialas Generales y Almirantes de la Fuerza Armada Nacional y los Jefes o Jefas de Misiones Diplomáticas de la República. Según ha establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 934 del 9 de mayo de 2006, también se incluye en esta categoría a los Rectores del Consejo Nacional Electoral.

la Asamblea Nacional el órgano del poder público a quien compete la designación del Defensor del Pueblo, estimamos que será tal órgano legislativo el legitimado para allanarle la inmunidad.

Cumplidos los requisitos anteriores, la causa seguida al alto funcionario debe tramitarse conforme a las reglas del proceso ordinario, es decir, procede la convocatoria para el juicio oral y público, pues la función que en el procedimiento ordinario ejerce el juez de control respecto de la acusación, en este caso la desempeña el Tribunal Supremo de Justicia; por tanto, la declaratoria de haber méritos para el enjuiciamiento equivale al auto de apertura a juicio.

Prevé el art. 266. 3 Constitucional que una vez declarado que hay mérito para el enjuiciamiento de alguno de los altos funcionarios allí indicados, la Sala Plena debe *"remitir los asuntos al Fiscal o a la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces si fuere el caso; y si el delito fuere común continuará conociendo de la causa hasta sentencia definitiva"*.

En fecha 4 de noviembre de 2008, con motivo de resolver un recurso de interpretación constitucional de la norma precedentemente citada, la Sala Constitucional del Máximo Tribunal en sentencia Nº 1684, declaró que atribuirle a la Sala Plena el conocimiento de las causa instauradas contra los actos funcionarios del Estado cuando se trate de delitos calificados como "comunes", "revela la existencia de un error material del Constituyente de 1999, y con ello una inconsistencia de la norma", pues conduce a una conclusión "absurda" considerar que "el Constituyente dispuso que sólo si el delito es común corresponderá a la Sala Plena el enjuiciamiento de los altos funcionarios comprendidos en el cardinal 3 del artículo 266; mientras que si se tratare de un delito de naturaleza política deberán seguir conociendo del juicio los tribunales ordinarios", por lo que "a los efectos de dar una solución que resulte coherente o pertinente con las propiedades del supuesto de hecho", la Sala establece que "en caso de darse los elementos anteriormente mencionados, deben remitirse los autos al Fiscal o a la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si el delito fuere común a los fines contemplados en el Código Orgánico Procesal Penal; y si el delito fuere político, continuará conociendo de la causa el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, hasta la sentencia definitiva" (subrayado de la Sala).

Una vez que se han cumplido los trámites necesarios para el enjuiciamiento, el funcionario queda suspendido e inhabilitado para ejercer cualquier cargo público durante el proceso.

Si el Tribunal declara que no hay lugar para el enjuiciamiento debe pronunciar el sobreseimiento.

Si se tratare de un delito de instancia privada, el trámite ante el Tribunal Supremo de Justicia debe iniciarlo la víctima, por ser ésta en esos casos la titular de la acción penal.

Contempla el art. 377 que igualmente corresponde al Tribunal Supremo de Justicia conocer de las solicitudes de desestimación de las denuncias y querellas interpuestas contra altas y altos funcionarios públicos, así como de las solicitudes de sobreseimiento presentadas a su favor. Estas solicitudes sólo pueden ser interpuestas por la o el Fiscal General de la República.

La referida disposición no resulta clara, pues la regulación relativa al enjuiciamiento de altos o altas funcionarios no contempla la posibilidad de que el procedimiento se inicie por denuncia sino sólo mediante querella, siendo así, sólo sería posible que el Fiscal General de la República solicitara la desestimación de la querella propuesta por la víctima. En relación con el sobreseimiento es claro que el mismo procede cuando la Sala Plena declara que no hay motivo para el enjuiciamiento; por tanto, siendo que este procedimiento especial se iniciaría con la presentación de la querella, pareciera que la única posibilidad de que el Fiscal o Fiscala General de la República solicite el sobreseimiento es que formule tal pedimento con posterioridad a la presentación de la querella y antes de la resolución de la Sala Plena.

5. Procedimiento de extradición

El COPP declara como fuentes en materia de extradición, las normas del Título VI del Libro Tercero, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela.

Se distinguen los trámites a seguir en caso de extradición activa y pasiva:

El trámite para la *extradición activa,* esto es, cuando Venezuela interviene como Estado requirente, solicitando a otro la entrega de una persona que se encuentra en su territorio, bien para juzgarla o para que cumpla la pena que le ha sido impuesta, se inicia con la solicitud del juez de control a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, previa instancia del Ministerio Público, cuando este sujeto procesal tuviere noticias de que un imputado al cual se ha dictado una medida cautelar de privación de libertad, se halla en país extranjero.

En caso de fuga del acusado sometido a Juicio oral, el trámite ante el Tribunal Supremo de Justicia la corresponde al Juez de Juicio y si el fugado es quien esté cumpliendo condena, el trámite ante la Sala Penal debe iniciarlo el Juez de Ejecución, lo cual es lógico, pues con base en las previsiones del Código adjetivo, corresponde a este último, entre otras atribuciones, velar por la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas mediante sentencia firme, por ello debe ser ese funcionario judicial el legitimado para solicitar el inicio del trámite de extradición si se requiere el cumplimiento de la pena impuesta no ejecutada o la pena cuyo cumplimiento se hubiere quebrantado.

El plazo para que el Tribunal Supremo de Justicia decida sobre la procedencia o no de la solicitud de extradición, es de treinta días contados a partir del recibo de la documentación pertinente y para ello debe contar con la opinión previa del Ministerio Público. En caso de que la declarare procedente debe remitir copia de lo actuado al Ejecutivo Nacional.

Por su parte, el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Relaciones Exteriores que es el órgano encargado de tramitar por vía diplomática la solicitud de extradición, debe certificar y hacer las traducciones cuando corresponda, y presentar tal solicitud ante el gobierno extranjero en el plazo máximo de sesenta días.

El Ejecutivo Nacional, con fundamento en la solicitud hecha ante el Tribunal Supremo de Justicia, puede solicitar al Estado requerido la detención preventiva de la persona solicitada y la retención de los objetos concernientes al delito. Si se efectuaren tales diligencias la petición de extradición deberá formalizarse dentro del lapso previsto en la convención, tratado o normas de derecho internacional aplicable.

El procedimiento de *extradición pasiva*, es decir, el requerimiento que un Estado de la comunidad internacional efectúa a Venezuela a fin de que entregue a una persona que se encuentra en este territorio, se inicia con la solicitud que el gobierno extranjero presenta al Poder Ejecutivo, solicitud que este debe remitir al Tribunal Supremo de Justicia con la documentación recibida.

En caso de que la solicitud de extradición se presente sin la documentación judicial necesaria, pero con el ofrecimiento de producirla después, y con la petición de que mientras se produce se aprehenda al imputado o imputada, el tribunal de control, a solicitud del Ministerio Público puede ordenar, según la gravedad, urgencia y naturaleza del caso, la aprehensión de aquél o aquella, señalando un término perentorio, que no excederá en ningún caso los sesenta días continuos, para la presentación de la documentación. Este término se computará desde que conste en autos la notificación hecha por el Ministerio con compentencia en materia de relaciones exteriores de la detención, al gobierno del país requirente.

Verificada la aprehensión del solicitado este debe ser presentado ante el juez que la ordenó, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, con el fin de ser informado sobre los motivos de su detención y garantizar el derecho a la defensa. Dado que se trata de una detención con fines de extradición, en la audiencia que se realizará ante el Juez de Control no está previsto el otorgamiento de una medida cautelar sustitutiva.

Vencido el lapso sin que se remita la documentación ofrecida, el Tribunal Supremo de Justicia ordenará la libertad del aprehendido, sin perjuicio de acordar nuevamente la privación de libertad si posteriormente recibe dicha documentación.

Para decidir sobre la solicitud de extradición, el Tribunal Supremo de Justicia, una vez conste la documentación formal que la sustente, debe convocar a una audiencia oral dentro de los treinta días siguientes a la notificación del solicitado. A esta audiencia

deben concurrir el imputado y su defensor. Visto que los gobiernos extranjeros pueden designar un abogado para que defienda sus intereses en este procedimiento, si aquél hubiere sido designado, también deberá concurrir a la audiencia. En esa oportunidad todos expondrán sus alegatos. Concluida la audiencia, el Tribunal Supremo de Justicia debe decidir en un plazo de quince días.

6. Procedimiento en los delitos de acción dependiente de instancia de parte

El enjuiciamiento por delitos de acción dependiente de instancia de parte agraviada, sólo puede iniciarse por *acusación privada* de la víctima presentada ante el tribunal de juicio. En la acusación debe indicarse la identificación y domicilio o residencia del acusador y el acusado; la indicación del delito imputado y una relación especificada de todas las circunstancias esenciales del hecho; los elementos de convicción en los que se funda la atribución de la participación del imputado en el delito; la justificación de la condición de víctima; la firma del acusador o de su apoderado con poder especial. Si el acusador no supiere o no pudiere firmar, debe concurrir personalmente ante el juez y en su presencia, estampar la huella digital.

En todo caso el acusador debe concurrir personalmente ante el juez para ratificar su acusación y el Secretario debe dejar constancia de este acto procesal.

El COPP admite la posibilidad de intervención de más de un acusador, no así la admisión de más de una acusación privada, por tanto, si varias personas pretenden ejercer la acción penal con respecto a un mismo delito, deben ejercerla conjuntamente por sí o por medio de una sola representación.

Dado que la víctima carece del poder de investigación que se otorga al fiscal respecto de los delitos de acción pública, si fuere necesario llevar a cabo una investigación preliminar para identificar al acusado, determinar su domicilio o residencia, para acreditar el hecho punible, o para recabar elementos de convicción, la víctima puede solicitar a un Juez de control la práctica de una investigación preliminar. La solicitud que formule la víctima debe contener:

a) Su nombre, apellido, edad, domicilio o residencia y número de cédula de identidad;
b) El delito por el cual pretende acusar, con una relación detallada de las circunstancias que permitan acreditar su comisión, incluyendo, de ser posible, lugar, día y hora aproximada de su perpetración;
c) La justificación acerca de su condición de víctima; y,
d) El señalamiento expreso y preciso de las diligencias que serán objeto de la investigación preliminar.

Según estableció la Sala Constitucional mediante sentencia N° 234 del 14 de marzo de 2005, el auxilio judicial

> puede constituir una subversión del procedimiento que, obviamente, comporta la actuación del órgano jurisdiccional fuera de los límites de su competencia, si mediante él se pretende suplir la carga probatoria que le corresponde a la víctima de un delito de acción privada, aun cuando el auxilio judicial le haya sido consagrado como garantía del acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva en igualdad de condiciones que la víctima de un delito de acción pública, en cuyo caso la actividad probatoria corresponde al órgano encargado de la investigación penal.

Si el Juez de Control considera que se trata efectivamente de un delito de instancia privada, y luego de verificada la procedencia de la solicitud, ordenará al Ministerio Público, la práctica de las diligencias expresamente solicitadas por quien pretenda constituirse en acusador privado o acusadora privada.

Una vez concluida la investigación preliminar, sus resultas serán entregadas en original a la víctima, dejando copia certificada de la misma en el archivo.

La decisión del juez de control que niegue la práctica de la investigación preliminar, puede ser apelada por la víctima dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación.

El tribunal de juicio deberá declarar inadmisible la acusación cuando el hecho no reviste carácter penal, la acción esté evidentemente prescrita, verse sobre hechos punibles de acción pública, o falte un requisito de procedibilidad. En caso de que los requisitos fueren subsanables, el juez debe dar un plazo de cinco días para corregirlos. En caso contrario debe archivar la acusación.

La declaratoria de inadmisibilidad no impide que la víctima pueda proponer nuevamente la acusación privada, por una sola vez, corrigiendo sus defectos, si fuere posible, con mención de la desestimación anterior.

Si la acusación fuere admitida, con lo cual el acusador o acusadora adquirirá la cualidad de parte querellante, el tribunal debe fijar la celebración de una audiencia de conciliación para un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte. En caso de que ésta no prospere, continuará el juicio oral y público.

Si no se lograre la citación personal del acusado o acusada a los efectos de su comparecencia a la audiencia de conciliación, el tribunal, previa petición del acusador o acusadora, y a su costa, debe ordenar su citación mediante la publicación de tres carteles en la prensa nacional, en caso de que la acusación haya sido incoada en la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, y de dos carteles en la prensa nacional y uno en la prensa regional, en caso de que la acusación haya sido incoada en otra circunscripción judicial, con tres días de diferencia entre cada cartel. Los carteles deben contener mención expresa acerca de todos los datos que sirvan para identificar al acusado o acusada, la acusación incoada en su contra, la fecha de admisión de la misma, el delito imputado y la orden de comparecer al tribunal a designar defensor o defensora dentro de los diez días siguientes a la fecha en la cual conste en autos la consignación del último de los tres carteles publicados. Si vencido

este lapso aún persiste la incomparecencia del acusado, el tribunal de juicio, previa solicitud del acusador o acusadora, puede ordenar a la fuerza pública su localización y traslado a la sede del tribunal para que, el juez o jueza lo imponga de la acusación formulada en su contra y del derecho que tiene de designar defensor o defensora.

En este procedimiento especial, tal como acontece en el procedimiento ordinario y en el procedimiento para el juzgamiento de los delitos menos graves, se establece una oportunidad, previa a la realización de la audiencia preliminar en aquellos casos y en este la audiencia de conciliación, para que las partes ejerzan ciertas facultades y cumplan cargas impuestas por la ley. A tales efectos, dispone el art. 402 que tres días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia de conciliación, el acusador o acusadora y el acusado o acusada podrán realizar por escrito los actos siguientes:

1. Oponer las excepciones previstas en el Código, las cuales sólo podrán proponerse en esta oportunidad.
2. Pedir la imposición o revocación de una medida de coerción personal.
3. Proponer acuerdos reparatorios o solicitar la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos.
4. Promover las pruebas que se producirán en el juicio oral, con indicación de su pertinencia y necesidad.

Si no prospera la conciliación el juez debe pasar a pronunciarse sobre las excepciones opuestas, las medidas cautelares y la admisión o no de las pruebas promovidas. Si existiere un defecto de forma en la acusación privada que pudiere ser subsanado, el acusador o acusadora podrá hacerlo de inmediato.

La decisión que declare sin lugar las excepciones opuestas o declare inadmisible una prueba, sólo podrá ser apelada junto con la sentencia definitiva.

En relación con la oportunidad para la interposición y resolución del recurso de apelación propuesto en contra de la decisión que declare inadmisible una prueba en el procedimiento por delitos de instancia privada, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el fallo N° 720 de fecha 29 de abril de 2004, en la oportunidad de conocer de una acción de amparo interpuesta en contra de la decisión de un tribunal de juicio que inadmitió varias pruebas ofrecidas por la defensa del acusado, se pronunció sobre la necesidad de que el recurso se resuelva en la etapa procesal en que pueda cumplir el cometido que lo justifica, a tales efectos declaró que:

> "…los recursos constituyen un derecho individual para reclamar contra los mencionados vicios del proceso en busca de su mejora y de la obtención de sus fines. De allí, que el fundamento del medio de impugnación es la injusticia del acto que contiene el vicio, por lo que el supuesto esencial requerido es que dicha injusticia se refleje en la situación del impugnante provocando un gravamen o perjuicio.
>
> Por tanto, si en principio, la actividad recursiva exige el perjuicio, así como el carácter trascendente o relevante de la decisión en cuanto a su injusticia e ilegali-

> dad, resulta también esencial, que el acto impugnativo (recurso) se resuelva en esa etapa del proceso en la cual se desmejora o contradice la expectativa de la parte en relación a la pretensión deducida. Solo así se puede obtener un correctivo que haga justicia (subrayado nuestro).
>
> En el caso de autos, ciertamente el artículo 412 del Código Orgánico Procesal Penal, establece que la decisión que declare sin lugar las excepciones o la inadmisibilidad de una prueba, está sujeta al recurso de apelación; sin embargo, dicha vía ordinaria de impugnación sólo podrá ser ejercida conjuntamente con la sentencia definitiva.
>
> Esta circunstancia -el ejercicio del recurso en la oportunidad en que sus efectos no serían útiles para el proceso- y su incidencia en el ámbito de los derechos constitucionales del accionante denunciados como infringidos -la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a la defensa- lleva a la Sala a considerar que debe ser analizada dentro del proceso de amparo incoado.
>
> Por ello, la Sala, estima no ajustada a derecho la declaración de inadmisibilidad proferida por el *a quo*, con base en la falta de cumplimiento del accionante, del agotamiento de la vía judicial ordinaria mediante el ejercicio del recurso de apelación previsto en el artículo 412 del Código Orgánico Procesal Penal. En razón de lo cual, la Sala pasa a revocar la sentencia apelada…"

Si se declara con lugar alguna excepción o se hubiere decretado una medida de coerción personal, el acusador o acusadora o el acusado o acusada, según sea el caso, pueden apelar dentro de los cinco días siguientes.

Si se hubiere decretado una medida de coerción personal el recurso de apelación que se proponga contra tal decisión no suspende el procedimiento.

De no haberse propuesto excepciones o si interpuestas fueron declaradas sin lugar, el Juez o Jueza debe convocar a las partes a la celebración del juicio oral y público, el cual se celebrará en un plazo no mayor de diez días, contados a partir de la celebración de la audiencia de conciliación.

Si el acusado admitiere los hechos el Juez o Jueza resolverá conforme a lo establecido en el art. 375.

El poder para representar al acusador privado en el proceso debe ser especial, y expresar la persona contra quien se dirija la acusación y el hecho punible de que se trata. Debe además constituirse con las formalidades de los poderes para asuntos civiles.

Como sanción para el acusador que insta al aparato jurisdiccional y posteriormente desiste o abandona el proceso, se le conmina al pago de las costas que haya ocasionado. Ese desistimiento puede ser expreso si el acusador manifestare su voluntad en ese sentido o tácito. Esta última posibilidad se concreta cuando el acusador sin justa causa, no comparece al juicio oral y público. Según la ley adjetiva el desistimiento o abandono de la acusación privada impide intentarla de nuevo, no obstante, mediante sentencia No. 1748 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de

julio de 2005 se declaró que el efecto establecido para el abandono colide con el art. 49 Constitucional, por considerar que el abandono de la acusación es una figura afin a la perención y la falta de instancia nunca puede extinguir la acción sino el procedimiento.

Si el acusado fallece antes de concluir el juicio oral y público, cualquiera de sus herederos, quienes a tenor de lo dispuesto en el art. 121 del COPP también tienen la condición de víctima, pueden asumir el carácter de acusadores si comparecieren dentro de los treinta días siguientes a la muerte.

7. Procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad

Regula el COPP entre los arts. 410 y 412, el trámite a seguir cuando el Ministerio Público estime que la persona que ejecutó la conducta penal prohibida es inimputable y, por tanto, sólo puede hacerse merecedora de una medida de seguridad. En este caso deberá solicitar la aplicación de este procedimiento especial; tal solicitud debe contener, en lo pertinente, los requisitos de la acusación.

No determina el COPP cuál es el tribunal competente para la aplicación del procedimiento. Consideramos que debe ser el tribunal de juicio, en razón de que la consecuencia a imponer si bien no es una pena sino una medida de seguridad, la misma debe estar contenida en una sentencia, en tanto que corresponderá al juez en funciones de control declarar la procedencia de este procedimiento especial si estima que hay elementos que hagan presumir la inimputabilidad, caso contrario ordenará la aplicación del procedimiento ordinario.

El procedimiento en cuestión debe regirse por las reglas siguientes (art. 411):

1. Cuando el imputado o imputada sea incapaz será representado, para todos los efectos por su defensor o defensora en las diligencias del procedimiento, salvo los actos de carácter personal;
2. En el caso previsto en el numeral anterior, no se exigirá la declaración previa del imputado o imputada para presentar acusación; pero su defensor o defensora podrá manifestar cuanto considere conveniente para la defensa de su representado;
3. El procedimiento aquí previsto no se tramitará conjuntamente con uno ordinario;
4. El juicio se realizará sin la presencia del imputado o imputada cuando sea conveniente a causa de su estado o por razones de orden y seguridad;
5. No serán aplicables las reglas referidas al procedimiento abreviado, ni las de suspensión condicional del proceso;
6. La sentencia absolverá u ordenará una medida de seguridad.

El tribunal debe ordenar la aplicación del procedimiento ordinario si estima que el investigado es inimputable, esto es, que no tiene capacidad de entender o querer, situación que podría presentarse en caso de enfermedad mental suficiente que prive al sujeto de la conciencia o libertad de sus actos o en el supuesto de que el hecho se hubiere

cometido bajo los efectos del alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas y tal ingestión tuvieren el efecto de una enfermedad mental (Vid. Art. 180 Num 4-LOD).

8. Procedimiento para la reparación del daño y la indemnización de perjuicios

En el Título IX del Libro Tercero, el COPP cambia el tratamiento que a la reparación ha dado el CP. En efecto, a tenor de lo dispuesto en el art. 126 del texto sustantivo, el juez de oficio debe ordenar en la sentencia la restitución de la cosa ajena o su reparación. Con base al régimen de la legislación adjetiva el afectado civilmente por el delito debe demandar la reparación. A tales efectos, el COPP sólo admite dos sistemas de ejercicio de la acción civil derivada de delito, a saber:

• Ejercicio de la acción civil ante el tribunal civil

• Ejercicio de la acción civil ante el tribunal penal, esto es, ante el juez unipersonal o el juez presidente del tribunal que dictó la sentencia. Esta posibilidad requiere la firmeza de la sentencia penal condenatoria.

Si los legitimados para ejercer la acción civil, esto es, los afectados civilmente por el delito, demandaren ante el tribunal penal, la reparación de los daños y la indemnización de perjuicios, deberán incluir en su demanda:

1. Los datos de identidad y el domicilio o residencia del demandante y, en su caso, los de su representante;
2. Los datos necesarios para identificar al demandado o demandada y su domicilio o residencia; si se desconoce alguno de estos datos podrán solicitarse diligencias preliminares al juez con el objeto de determinarlos;
3. Si el demandante o el demandado o demandada es una persona jurídica, la demanda deberá contener la denominación o razón social y los datos relativos a su creación o registro;
4. La expresión concreta y detallada de los daños sufridos y la relación que ellos tienen con el hecho ilícito;
5. La cita de las disposiciones legales en que funda la responsabilidad civil del demandado o demandada;
6. La reparación deseada y, en su caso, el monto de la indemnización reclamada;
7. La prueba que se pretende incorporar a la audiencia.

El plazo para que el juez se pronuncie sobre la admisibilidad o rechazo de la demanda es de tres días siguientes a su presentación. Para tal pronunciamiento debe examinar:

1. Si quien demanda tiene derecho a reclamar legalmente la reparación o indemnización;
2. En caso de representación o delegación, si ambas están legalmente otorgadas; en caso contrario, fijará un plazo para la acreditación correspondiente;

3. Si la demanda cumple con los requisitos señalados en el artículo 414. Si falta alguno de ellos, fijará un plazo para completarla.

Si faltare alguno de los requisitos el juez deberá declarar inadmisible la demanda, pero tal declaratoria no impide su nueva presentación, por una sola vez, sin perjuicio de su ejercicio ante el tribunal civil competente.

Si el juez admite la demanda, debe ordenar la reparación del daño o la indemnización de perjuicios. La decisión debe contener:

1. Los datos de identificación y domicilio o residencia del demandado o demandada y del demandante y, en su caso, de sus representantes;
2. La orden de reparar los daños, con su descripción concreta y detallada, la clase y extensión de la reparación o el monto de la indemnización;
3. La intimación a cumplir la reparación o indemnización o, en caso contrario, a objetarla en el término de diez días;
4. La orden de embargar bienes suficientes para responder a la reparación y a las costas, o cualquier otra medida cautelar, y la notificación al funcionario encargado o funcionaria encargada de hacerla efectiva.

El demandado sólo puede objetar la legitimación del demandante para pedir la reparación o indemnización, u oponerse a la clase y extensión de la reparación o al monto de la indemnización requeridas[6]. Las objeciones deben formularse por escrito, indicándose la prueba que se pretende incorporar a la audiencia.

Si se hubieren formulado objeciones, el juez deberá citar a las partes a una audiencia dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término para la objeción. En esta oportunidad debe procurar la conciliación de las partes y dejar constancia de ello, si no se produjere la conciliación, el juez debe ordenar la continuación del procedimiento y fijar la celebración de la audiencia en un término no menor de diez días ni mayor de treinta.

Si el demandante o su representante no comparezcan a la audiencia de conciliación, se tendrá por desistida la demanda y deberán archivarse las actuaciones. En este caso la demanda no podrá volver a proponerse en sede penal, sin perjuicio de su ejercicio en la jurisdicción civil. Si quien no comparece es el demandado o demandada, la orden de reparación o indemnización valdrá como sentencia firme y podrá procederse a su ejecución forzosa. En caso de que fueren varios los demandados y alguno de ellos no comparece, el procedimiento seguirá su curso.

6 Inicialmente en el primer aparte del art. 427 del COPP (actual 418) permitía al tercero civilmente responsable agregar a esas objeciones las basadas en la legalidad del título invocado para alegar su responsabilidad. Sin embargo, tal aparte fue anulado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante decisión número 2210 de fecha 21 de septiembre de 2004 por considerar que tales limitaciones para el tercero civilmente responsable que no ha intervenido en el proceso penal infringirían su derecho a la defensa. En la aludida decisión la Sala Constitucional declaró conforme a la Constitución el resto de las disposiciones que desarrollan este procedimiento especial y cuya nulidad había sido solicitada por los accionantes. En la reforma de 2009, recogiendo el referido criterio jurisprudencial, se eliminó el aparte.

La audiencia se celebrará con las partes que comparezcan, quienes tendrán la carga de incorporar los medios de prueba ofrecidos, salvo que hubieren solicitado auxilio judicial. En la audiencia los medios de prueba deben incorporarse oralmente.

Una vez concluida la audiencia el juez debe sentenciar declarando con o sin lugar la demanda[7] y, en su caso, ordenando la reparación o indemnización adecuada e imponiendo las costas. Esta sentencia no admite recurso alguno.

En relación con lo dispuesto en el último aparte del artículo 421 (irrecurribilidad de la sentencia dictada en este procedimiento especial) la Sala Constitucional mediante fallo N° 607 del 21 de abril de 2004, al conocer de la consulta por desaplicación de control difuso del entonces art. 430, estableció:

> "El derecho a recurrir del fallo se configura cuando una persona es declarada culpable, pues ese derecho se recoge a plenitud en los casos en que dicte sentencia definitiva, lo que interpretándose de manera sistemática y teleológica es extensible, al proceso de acción civil derivada de delito, previsto en los artículos 422 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal, puesto que el principio de la doble instancia se sustenta en el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, previsto en el artículo 26 Constitucional..., y al carácter irrenunciable de los derechos fundamentales del justiciable...permitiéndose la subsanación siempre que no dañe la regularidad del procedimiento...La Sala juzga que la sentencia definitiva pronunciada por el Juez de Primera Instancia de Juicio que admita o rechace la demanda y, en su caso, ordene la reparación o indemnización adecuada e imponga costas, debe revisarse por el Tribunal de Alzada, en este caso la Corte de Apelaciones, a fin de verificar si se ajusta a derecho.
>
> Siendo ello así, en ejercicio de la potestad atribuida a todos los jueces por el artículo 334 de la Norma Fundamental, es menester la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del último aparte del artículo 430 del Código Orgánico Procesal Penal, que contempla la no recurribilidad de la sentencia dictada en el procedimiento de acción civil derivada de delito, en sede penal, en virtud de que tal previsión es contraria a los artículos 26, 49, numeral 1 de la Constitución..., 2.3.a) y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y, 25.1 y 8.2.h de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos...En consecuencia como la ley adjetiva penal no establece procedimiento para el trámite en alzada de las decisiones civiles definitivas dictadas en sede penal, la Sala en ejercicio de la interpretación integradora entre el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a la doble instancia impone que el proceso de acción civil derivada de delito, constituye un juicio autónomo, por intimación en virtud de daños y perjuicios causados por el hecho punible.
>
> Dicho procedimiento ejecutivo finaliza con sentencia definitiva sobre el punto planteado, y como bien lo ha señalado, en reiteradas oportunidades, este Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Penal (vid. Sent. núms. 459/2000, y 137/2003, del 10.04), la misma es susceptible del recurso ordinario de apelación y hasta el extraordinario de casación, por cuanto la sentencia pone fin al juicio...La

7 El COPP se refiere a admitir o rechazar la demanda, no obstante es claro que de lo que se trata es de pronunciarse declarando con o sin lugar la demanda propuesta, pues la oportunidad de admisión ya tuvo lugar.

> Sala considera que el recurso de apelación...será admisible y tramitado conforme a lo dispuesto en el artículo 452 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal. Igualmente, para el recurso de casación regirán las normas previstas en el artículo 459 y siguientes del citado Código Orgánico".

El referido criterio jurisprudencial fue ratificado mediante fallo N° 562 del 14 de agosto de 2008.

Si el interesado lo solicitare el juez procederá a la ejecución forzosa de la sentencia, según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

9. Procedimiento de faltas[8]

Si bien en la Disposición Derogatoria Única el COPP de 2012 deroga el COPP de fecha 4 de septiembre de 2009, sorpresivamente en la Disposición Transitoria Primera otorga carácter ultractivo a este último al declarar que "hasta tanto se dicte la ley que regule el procedimiento relativo a las faltas, se continuará aplicando lo previsto en el Código anterior". Dado que a la fecha aún no se aprueba la nueva legislación en materia de faltas, continúan vigentes las previsiones contempladas entre los artículos 382 al 390 del Código derogado.

Toda vez que el art. 1º del CP declara la falta como un hecho punible, la legislación procesal debe regular el trámite para la imposición de la sanción respectiva. A tales efectos, el COPP prevé que el funcionario que haya tenido conocimiento de la falta, o aquel que la ley designe para perseguirla, debe solicitar el enjuiciamiento. En su solicitud deberá indicar:

1. Identificación del imputado y su domicilio o residencia;
2. Descripción resumida del hecho imputado, indicando tiempo y lugar;
3. Disposición legal infringida;
4. Señalamiento de los datos pertinentes, agregando los documentos y los objetos entregados por el infractor o que se incautaron;
5. Identificación y firma del solicitante.

El "funcionario actuante o la persona legitimada", con el auxilio de la policía, debe citar a juicio al contraventor, indicándole el tribunal y el plazo dentro del cual debe comparecer. Aún cuando de la interpretación literal de la norma pudiera deducirse que cualquier funcionario o incluso un particular estarán legitimados para solicitar el inicio de este procedimiento, la concordancia entre las disposiciones del numeral 4 del art. 285 constitucional y art. 11 del COPP llevan a concluir que es el Ministerio Público, como sujeto procesal que en nombre del Estado ejerce la acción penal, el facultado para efectuar tal solicitud.

8 Un mayor desarrollo de este procedimiento puede leerse en: VII y VIII Jornadas de Derecho Procesal Penal, Pruebas, Procedimientos Especiales y Ejecución Penal, UCAB, Caracas, 2005. p. 315-332.

En la audiencia, presente el imputado, éste debe manifestar si admite su culpabilidad o si solicita el enjuiciamiento. En este último caso, debe expresar cuáles son los medios de prueba que no puede incorporar por su cuenta al debate y cuál el auxilio público que necesita para ello.

En caso de que el imputado admita su culpabilidad y no fueren necesarias otras diligencias, el tribunal debe dictar la decisión que corresponda.

Si el imputado solicitare el enjuiciamiento, el tribunal debe llamar inmediatamente a juicio a aquél y al solicitante y, en el mismo acto, librar las órdenes necesarias para incorporar en el debate los medios de prueba cuya producción dependa de la fuerza pública.

Debe destacarse que en este procedimiento el imputado sólo estará asistido de defensor si él lo nombrare, es decir, no se obliga al Estado a proveer al enjuiciado de la defensa técnica. Esta situación podría resultar lesiva del derecho de defensa y del principio de igualdad pues en los casos de procedimiento por delitos, no obstante permitirse la autodefensa o defensa material, se garantiza la obligatoriedad de la asistencia técnica; más aún, considerándose que el imputado debe inicialmente manifestar si admite o no su culpabilidad y tal admisión puede suponer una asesoría u orientación letrada.

Por otra parte, a tenor de lo dispuesto en el art. 126 del COPP tiene la condición de "imputado"o "imputada", "toda persona a quien se le señale como autor, autora, o partícipe de un hecho punible, por un acto de procedimiento…". Luego si los hechos punibles se dividen en delitos y faltas (art 1° CP), la persona a quien se atribuya la comisión de una falta también tendrá la condición de imputada y, por tanto, los derechos que le reconoce el art. 127 *ejusdem*, entre ellos, "ser asistido o asistida, desde los actos iniciales de la investigación, por un defensor o defensora que designe él o ella, o sus parientes y, en su defecto, por un defensor público o defensora pública".

Igual que en el procedimiento ordinario, las partes pueden hacer valer cualquier medio de prueba, salvo que estos fueren manifiestamente contrarios a la Constitución o a la ley. Durante el debate el tribunal debe oír brevemente a los comparecientes y apreciar los elementos de convicción presentados; con base en ellos absolverá o condenará.

En caso de que no se incorporen medios de prueba durante el debate, el tribunal debe decidir sobre la base de los elementos acompañados con la solicitud y, si nadie comparece, debe dictar la decisión sin más trámite. En este caso y a pesar que el COPP no desarrolla este aspecto, la garantía del debido proceso exige que la única decisión que pueda dictarse ante la inasistencia de las partes sea una suspensión, pues tratándose de hechos punibles de acción pública la ausencia del Ministerio Público no puede interpretarse como un desistimiento, pero la ausencia del imputado tampoco podría ser estimada como un reconocimiento de culpabilidad. La decisión dictada en este procedimiento es irrecurrible.

En torno a este aspecto debe considerarse que, tal como lo ha ratificado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es "un aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales, como es la libertad personal…El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de impugnar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión. Esta revisión en sí tiene como objetivo el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la ley, a los preceptos de garantía y de la aplicación correcta de la ley penal…el derecho previsto en el artículo 8.2, CADH 'requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior…de todos los autos procesales importantes. Dicha revisión resulta especialmente relevante respecto a las resoluciones que puedan causar indefensión o daño irreparable para la sentencia definitiva…"[9].

Si hubiere necesidad de imponer al imputado alguna medida cautelar, esta debe ser proporcional a la falta cometida.

En todo lo demás, deben aplicarse las reglas comunes, que se adecuen a la brevedad y simpleza del procedimiento.

9 Comisión IDH, Informe No. 55/97, del 18/XI/97.

RECURSOS XV

Dada la posibilidad de injusticia de las decisiones judiciales surgen los medios de impugnación como vías a través de las cuales se procura mantener el control de esas decisiones en aquellos casos en que se han verificado violaciones legales o procedimentales.

De allí que la *esencia* de estos medios es que se vuelva a decidir sobre lo ya resuelto pero en forma distinta a como se ha hecho para con ello anular o dejar sin efecto la decisión recurrida (total o parcial). Ese derecho de las partes a que se reexamine lo ya decidido y que es una consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva, es el objeto del Libro Cuarto del COPP.

En líneas generales, los recursos están concebidos como vías procesales que se otorgan al Ministerio Fiscal y a las partes para intentar la corrección de decisiones jurisdiccionales que, por ser de algún modo contrarias a derecho (constitucional, sustantivo o procesal) les traen algún perjuicio[1].

También podemos definirlos como medios concedidos a las partes directamente afectadas por una decisión judicial que, inconformes con ésta, solicitan se vuelva a resolver sobre lo ya resuelto para anular o reformar la decisión impugnada. Este derecho a recurrir no es más que el ejercicio de un derecho de orden constitucional como lo es el derecho a la tutela judicial efectiva que, a su vez tiene como límite, el derecho del imputado a ser sometido a un proceso sin dilaciones indebidas.

Esos errores que pueden incidir en una decisión judicial pueden concretarse en el acto mismo de la decisión (*vicio in iudicando*) o en el procedimiento para hacerlo (*vicio in procedendo*). A su vez los primeros pueden ser de hecho o de derecho. La errónea determinación del hecho derivada de una defectuosa valoración de los elementos probatorios conduce al error de hecho; en tanto que, la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva conduce al error de derecho. Por su parte, el error de procedimiento deriva de la inobservancia de normas procesales referidas al trámite previo a la decisión como las que regulan su dictado[2].

1 CAFFERATA NORES, José I. (94). Introducción al Derecho Procesal Penal, Marcos Lerner Editora Córdoba, p. 219.

2 Vid. CAFFERATA. ob. cit. pp. 219-220.

1. Legitimación

Sólo la parte que resulta afectada por la decisión, esto es, que sufra perjuicio o gravamen, estaría en condiciones de recurrir, en consecuencia, el reexamen sólo será posible cuando el agraviado manifieste su voluntad en ese sentido.

2. Clasificación

Los recursos contemplados en el Libro Cuarto del COPP podemos clasificarlos de la siguiente manera:

2.1. Según el órgano que los resuelve

a. *No devolutivos:* En estos casos se solicita al mismo órgano del cual emanó la decisión, la examine nuevamente y subsane el error cometido. Es el caso de la revocación que prevé el COPP. Estos recursos son llamados "remedios" en algunos sistemas.

b. *Devolutivos:* Resuelve un órgano superior, generalmente colegiado (apelación y casación).

2.2. Por su naturaleza

a. *Recursos ordinarios:* Revocación y apelación

b. *Recursos extraordinarios:* Casación y revisión.

3. Efectos

Por regla general el recurso conlleva a la revisión por parte del tribunal *ad quem* (efecto devolutivo), sin embargo, en ocasiones, a fin de evitar que la decisión impugnada genere mayores daños al agraviado y pueda consolidarse durante el trámite, se suspende la ejecución de lo resuelto durante el plazo para impugnar o para sustanciar el recurso (efecto suspensivo). Adicionalmente a los efectos devolutivo y suspensivo, suele establecerse el efecto extensivo, toda vez que cuando el recurso se establece en favor del imputado, si la decisión del tribunal *ad quem* le es favorable, el efecto benéfico debe extenderse al coimputado que no recurrió, salvo que la impugnación se base en motivos exclusivamente personales del recurrente (vgr. Inimputabilidad). Así se establece por razones de seguridad y coherencia jurídica que se verían comprometidas si, por la mera omisión de recurrir, se consolidase para el no recurrente la situación de injusticia que el recurrente logró corregir mediante su impugnación[3].

3 CAFFERATA. ob. cit. pp. 221.

4. Régimen del COPP

Como aspectos resaltantes del régimen de recursos que contempla el COPP en relación al CEC, se advierte la supresión de la consulta y del recurso de hecho.

La exclusión de la consulta obedece a que el juzgamiento conforme al sistema predominantemente acusatorio que el Código contempla debe respetar ciertos principios del procedimiento, entre ellos, la inmediación y esto necesariamente supondría la nueva celebración del juicio ante el tribunal de alzada, el que pasaría a ser una segunda primera instancia (BINDING); con la supresión de la consulta y el establecimiento del nuevo examen del asunto planteado sólo en caso de impugnación, se establecen los recursos como actos de parte.

Dado que el tribunal ante el cual se interpone el recurso no se pronuncia sobre su admisibilidad sino que ello corresponde al tribunal de alzada, se justifica la supresión del recurso de hecho.

4.1. Disposiciones generales

Contiene el Libro Cuarto del COPP un Título contentivo de disposiciones generales en donde se delimita la *legitimación objetiva* para recurrir, disponiéndose que las decisiones judiciales son recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos.

De la misma manera se legitima para recurrir sólo a las partes a quienes la ley reconozca expresamente ese derecho.

Si se consideran partes sólo el acusador y el acusado[4], podrían recurrir el Ministerio Público, la víctima[5], el imputado y su defensor.

En cuanto al imputado se prevé la posibilidad de que su defensor pueda recurrir por él, pero en ningún caso en contra de su voluntad expresa.

A fin de evitar la posible incompetencia subjetiva de los jueces, se prohíbe la intervención en el nuevo proceso de aquellos que pronunciaron o concurrieron a dictar la decisión anulada.

Como límite a la competencia del tribunal de alzada (Corte de Apelaciones o Tribunal Supremo de Justicia, según el caso) se establece la obligatoriedad de que en el recurso se indiquen específicamente los puntos de la decisión impugnados.

Si bien se legitima sólo a las partes para recurrir, éstas están limitadas por el hecho de que la decisión dictada les cause *agravio,* es decir, si la decisión dictada no le es

4 Conforme a lo expuesto en el punto referido a los sujetos procesales.

5 A tenor de lo dispuesto en el art. 122.8 del COPP la víctima querellante o no puede impugnar la sentencia absolutoria o la decisión que decreta el sobreseimiento, por tanto consideramos que si la víctima no se ha constituido en parte estaría imposibilitada de recurrir de la sentencia condenatoria.

desfavorable, la parte no podría impugnarla; no obstante, en el caso del imputado está previsto que éste, podrá siempre impugnar una decisión judicial, en los casos en que se lesionen disposiciones constitucionales o legales sobre su intervención, asistencia y representación, aunque haya contribuido a provocar el vicio objeto del recurso (Vgr. la celebración de un acto sin la presencia del defensor cuando ello es un requisito fundamental, por cuanto el imputado había revocado el nombramiento y no se había designado sustituto).

Se reconoce el *efecto extensivo* de los recursos y en tal virtud se prevé que cuando en un proceso hubiere varios coimputados, el recurso interpuesto en interés de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que se encuentren en la misma situación y les sean aplicables idénticos motivos, sin que en ningún caso les perjudique.

La interposición de un recurso suspenderá la ejecución de la decisión, salvo que expresamente se disponga lo *contrario (efecto suspensivo)*[6].

Las partes pueden *desistir* de sus recursos. En este caso cargarán con las costas.

Se incorpora, de la misma manera un principio que en otros ordenamientos jurídicos es de orden constitucional, esto es, la prohibición de *reformatio in peius*.

La *reformatio in peius* es una institución jurídica relacionada con los límites a que está sujeto el funcionario de segunda instancia para agravar la situación del imputado, y que tiene efecto tanto en las instancias como en el recurso extraordinario de casación[7].

El fundamento de esta prohibición reposa en el principio acusatorio, y satisface la necesidad de garantizar al imputado la libertad de recurrir o, como gráficamente indica CAFFERATA, la "tranquilidad para recurrir", y esa tranquilidad existirá cuando él sepa que el recurso que intenta nunca podrá perjudicarlo más que la propia sentencia recurrida. Porque si existiera el peligro de que la impugnación deducida en su favor pudiera terminar empeorando su situación, puede resultar compelido a sufrir la sentencia injusta (en su criterio) antes que correr el riesgo de que ésta se modifique en su perjuicio[8].

La prohibición de *reformatio in peius* es una garantía fundamental que forma parte del derecho al debido proceso y tiene por finalidad evitar que el imputado sea sorprendido *ex officio* con una sanción que no ha tenido oportunidad de controvertir. Sobre su naturaleza ha dicho la Corte Constitucional colombiana que "...además de limitar el poder punitivo del Estado, de garantizar la efectividad del derecho fundamental de defensa y de favorecer al condenado con la revisión de la sentencia

6 Como es el caso de la medida de que trata el art. 240, es decir, la no suspensión de la detención preventiva judicial de libertad por la interposición del recurso de apelación.

7 BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT Eduardo (95). El Proceso Penal, Universidad Externado de Colombia. 3™ Edición. p. 244.

8 ob. cit. p. 222.

dentro del único marco de las pretensiones solicitadas, la *reformatio in peius* extendida al plano penal avala y garantiza la operatividad del sistema acusatorio[9]".

Ahora bien, no puede entenderse como agravación, todo incremento punitivo decretado en la segunda instancia. En efecto, si el *a quo* admite pronunciarse sobre todos los aspectos que deben integrar la sentencia o la sanción correspondiente, el superior puede corregir el defecto, sin que por ello se viole el citado principio. Por ejemplo, cuando el tribunal de primera instancia olvida imponer penas accesorias, o por error cambia la naturaleza de la sanción (condena por arresto cuando el delito amerita prisión). En este sentido la Corte Suprema de Justicia colombiana ha sostenido:

> a) El concepto de agravación no apunta solamente al incremento del *quantum* punitivo, sino en general a todos los aspectos atinentes a la punibilidad, por ejemplo lo relativo al subrogado de la condena de ejecución condicional. No pueden desconocerse tampoco rebajas de pena por confesión aceptadas en las instancias, así el *ad quem* considere que el imputado no ha aceptado realmente su participación en el ilícito.
> b) Cuando en la sentencias concurren decisiones condenatorias y absolutorias, debe entenderse que se impugna la determinación únicamente en lo que respecta al fallo de condena. Por consiguiente, el *ad quem* no puede modificar la exoneración de responsabilidad, de partes que no fueron objeto de impugnación.
> c) No hay agravación cuando el *ad quem* se limita a realizar un ajuste de la graduación punitiva a la normatividad aplicable, a fin de respetar el principio de legalidad de la pena. Por ejemplo, que el juez, con base en circunstancias genéricas de atenuación punitiva, modifique la pena mínima prevista en el tipo penal aplicable al caso concreto. El *ad quem* puede hacer los incrementos punitivos, porque está en la obligación de graduar la sanción sin desconocer los límites mínimos que han sido impuesto. El principio de la no *reformatio in pejus* no faculta al juez para desatender normas de imperioso cumplimiento, porque siempre debe actuar con sujeción a la ley, tal como lo ordena la Constitución Nacional. En consecuencia, cuando exista una grotesca o manifiesta violación de los principios que rigen la individualización de la pena, el superior puede aplicar los correctivos necesarios, a fin de restablecer la legalidad quebrantada.[10]

El Código venezolano deja claro que es admisible para el *ad quem* modificar la pena, aun en perjuicio, pues contempla como última disposición general la posibilidad de *rectificación* de los errores de derecho en la fundamentación de la decisión impugnada, que no haya influido en la parte dispositiva, así como los errores materiales en la denominación o el cómputo de las penas.

4.2. Revocación

El recurso de revocación *procede* sólo contra los autos de mera sustanciación, a fin de que el mismo tribunal que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la decisión que corresponda. Esos autos de mera sustanciación, según dispone el art. 157 del COPP no requieren ser fundados.

9 C. p. BERNAL y MONTEALEGRE, ob. cit. p. 244.
10 Ídem, p. 247-248.

La revocación es el único recurso admisible durante las audiencias y debe ser resuelto de inmediato, sin suspenderla.

El *término* para su interposición y debida fundamentación –salvo el caso de las audiencias orales– es de tres días siguientes a la notificación y la resolución del mismo deberá efectuarse también dentro del plazo de tres días.

4.3. Apelación

Este medio de impugnación ordinario devolutivo presenta dos modalidades en el COPP, en donde se distingue entre la apelación de autos y de sentencias. Esto supone considerar la organización judicial consecuencia del sistema procesal adoptado por el Código adjetivo.

En el COPP se dispone la intervención de jueces de control, jueces de juicio y jueces de ejecución de sentencias, todos de primera instancia, de cuyas decisiones se oirá apelación ante las Cortes de Apelaciones.

4.3.1. Apelación de autos

Sólo dictan sentencias definitivas los tribunales de juicio; los otros tribunales mencionados dictan sus decisiones mediante autos. Esos autos recurribles, por disposición del art. 439 son:

1. Las que pongan fin al proceso o hagan imposible su continuación;
2. Las que resuelvan una excepción, salvo las declaradas sin lugar por el Juez o Jueza de control en la audiencia preliminar, sin perjuicio de que pueda ser opuesta nuevamente en la fase de juicio;
3. Las que rechacen la querella o la acusación privada;
4. Las que declaren la procedencia de una medida cautelar privativa de libertad o sustitutiva;
5. Las que causen un gravamen irreparable, salvo que sean declaradas impugnables por este Código;
6. Las que concedan o rechacen la libertad condicional o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena;
7. Las señaladas expresamente por la ley.

El plazo para la *interposición* y fundamentación del recurso de apelación es de cinco días a partir de la notificación y debe proponerse ante el mismo juez que dictó la decisión. Si el recurrente pretende producir pruebas en la segunda instancia, deberá ofrecerlas junto con el escrito de interposición, señalando concretamente el hecho que pretende probar.

Indudablemente que esta posibilidad de promover pruebas en la segunda instancia sólo puede versar sobre la acreditación del motivo del recurso, en ningún caso por esta vía se podrían incorporar medios probatorios referidos al hecho objeto del proceso.

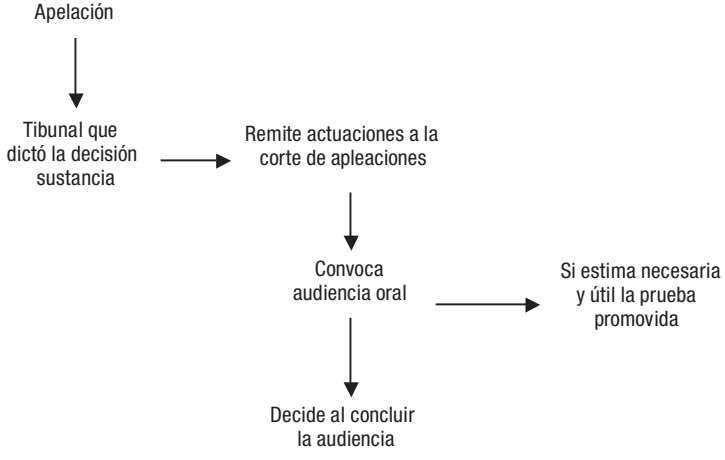
Una vez interpuesto el recurso el tribunal deberá emplazar a las otras partes para que lo contesten en el plazo de tres días y, en su caso, promuevan prueba. Dentro de las veinticuatro horas siguientes a ese plazo deberá el tribunal remitir las actuaciones a la Corte de Apelaciones para que ésta decida.

Se dispone la remisión de copia de las actuaciones pertinentes o la formación de un cuaderno especial, para no demorar el trámite del procedimiento; por excepción, la Corte de Apelaciones podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales, sin que esto implique la paralización del procedimiento.

Recibidas las actuaciones la Corte de Apelaciones, dentro de los tres días siguientes, decidirá la admisibilidad del recurso y, una vez admitido debe decidir dentro de los diez días siguientes. Sólo si alguna de las partes ha promovido pruebas y la Corte la estima necesaria y útil, fijará una audiencia oral dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones. Deberá resolver al concluir la audiencia.

Quien haya promovido pruebas para la segunda instancia, tiene la carga de la presentación de dichas pruebas en la audiencia y la Corte resolverá únicamente con la prueba que se incorpore y los testigos que se hallen presentes.

Si la decisión recurrida fuere el auto de privación judicial preventiva de libertad o el que decreta una medida cautelar sustitutiva, los plazos se reducen a la mitad



4.3.2. Apelación de la sentencia definitiva

Es obvio que sólo los jueces que han presenciado el debate pueden estar en capacidad de resolver el asunto debatido, ello debilita

> la justificación de una instancia revisora pues esta sentenciaría ya con base a actas que han recogido lo sucedido en el proceso, convirtiendo a este en escrito y mediato, pues el fallo de la instancia superior revisora, en definitiva a ejecutar, sería tomado por jueces distintos a los que presenciaron el debate[11].

Con base en la tradición jurídica venezolana, el recurso de apelación ha implicado un nuevo examen sobre los hechos objeto del proceso, es decir, el tribunal *ad quem* ha estado facultado para examinar el material probatorio considerado por la primera instancia. Este régimen es modificado en el COPP, instrumento legal que convierte la apelación en un recurso de derecho, lo que limita al tribunal de alzada (Corte de Apelaciones) a examinar no ya la cuestión fáctica sino únicamente la jurídica, con lo que prácticamente se establecen dos recursos de casación, uno ante la Corte de Apelaciones y otro ante el Tribunal Supremo de Justicia. Tal regulación se justifica en el resguardo del principio de inmediación pues únicamente los jueces que han presenciado el debate podrán estar en condiciones de decidir.

A decir de MAIER[12], la existencia del recurso de apelación tiene su fundamento en la necesidad de que varios jueces debatan la solución que un juez unipersonal ha dado al caso, por aquello de que, cuando intervienen varias personas, se reduce la posibilidad de errores. En el caso venezolano esa justificación adquiere mayor vigencia con la supresión del tribunal mixto.

Es importante destacar que la supresión del recurso de apelación no constituiría lesión alguna a compromisos asumidos por la República pues la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) consagra el "derecho de recurrir del fallo ante Juez o Tribunal Superior" (literal h, ord. 2°. art. 8), pero no determina cuál recurso, por tanto, bien hubiere podido establecerse sólo el recurso de casación.

Según el COPP (art.444) el recurso de apelación podrá interponerse contra las sentencias definitivas dictadas en el juicio oral.

Se prevén como únicos motivos para la fundamentación del recurso (art. 452):

1. Violación de normas relativas a la oralidad, inmediación, concentración y publicidad del juicio;
2. Falta, contradicción o ilogicidad manifiesta en la motivación de la sentencia.
3. Quebrantamiento u omisión de formas no esenciales o sustanciales de los actos que cause indefensión;
4. Cuando ésta se funde en prueba obtenida ilegalmente o incorporada con violación a los principios del juicio oral;
5. Violación de la ley por inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica.

---

11 IRAZU SILVA, José Luis (94). "Principios del juicio plenario contenidos en el Código de Procedimiento Penal Tipo para América Latina y el control en casación de la motivación del fallo", en Revista del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Nueva Etapa, Año nº 1, Volumen I, p. 24.

12 Exposición de Motivos del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación (86).

1. Violación de normas relativas a la oralidad, inmediación, concentración y publicidad del juicio

Dada la garantía de la presunción de inocencia de que goza el acusado, es necesario que en la sentencia que desvirtúa esa presunción, se explanen de manera precisa los motivos de la condenatoria, esto es, la determinación de los motivos de hecho y de derecho en que se funda tal condena.

El alcance que ha de tener la motivación de la sentencia ha sido precisado por el Tribunal Constitucional español en numerosos fallos[13]. A este respecto, se ha establecido que la motivación debe ser suficiente, considerándose suficientemente motivadas aquéllas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan a sus destinatarios, las partes y los ciudadanos, conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, la *ratio decidendi*, cualquiera que sea su brevedad y concisión, y por supuesto su elegancia retórica y aún su rigor lógico o apoyo científico, que estarán en función del autor y de las cuestiones controvertidas.

La consecuencia de la acreditación de este motivo de apelación es la nulidad de la sentencia dictada y la nueva celebración del juicio oral ante un Juez distinto a aquel que dictó la decisión.

2. Falta, contradicción o manifiesta ilogicidad de la motivación

Si la decisión de la alzada debe partir de los hechos probados en las instancias y pronunciarse únicamente sobre los aspectos de derecho, el que la sentencia no esté motivada impide el cumplimiento de ese objetivo, pues tendría la Corte de Apelaciones que deducir cuáles fueron los hechos que se consideraron probados y que por lo tanto sirvieron de fundamento a la sentencia recurrida y con ello estaría realizando una actividad que sólo corresponde a la instancia, cual es, la apreciación de los hechos.

Según asienta DE LA RUA[14], la motivación es una operación lógica fundada en la certeza y el juez debe observar los principios lógicos supremos o "leyes supremas del pensamiento" que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base cierta para determinar cuáles son, necesariamente, verdaderos o falsos. Esas leyes están constituidas por las leyes fundamentales de coherencia y derivación, y por los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente. A ellas está sometido el juicio del tribunal de mérito y si resultan violadas el razonamiento no existe, por tanto, aunque la fundamentación de la sentencia aparezca como acto escrito, no tendrá vida como pensamiento y desde el punto de vista del sistema procesal será nula por falta de motivación.

13 SSTC 174/87,75/88, 184/88, 13/91, 175/92, 150/93, 166/93, 209/93, 368/93, 28/94, 87/94, y 122/94. Cit. por. VARELA GóMEZ, Bernardino (97). El Recurso de Apelación Penal. Tirant lo blanch. Valencia, España. p. 30.

14 ob. cit. pp. 154-155-156.

En el mismo sentido, FEBRES CORDERO[15] comenta que la exigencia de la motivación tiene una estrecha relación con la llamada estructura lógica de la sentencia, y, especialmente, con la labor del juez relacionada con la subsunción de los hechos alegados y probados en el juicio con las normas jurídicas que abstractamente los prevén, debido a ello, la casación ha dicho que el vicio de inmotivación obstaculiza el control del dispositivo, pues no podrán en su momento ni el juez de la apelación, ni la casación, verificar la legalidad de lo decidido.

Habría contradicción cuando el dispositivo de la sentencia es inconciliable con la fundamentación que previamente se hizo de tal resolución, como sería el caso de la declaratoria de comportamiento doloso por parte del acusado en el delito que se le imputa, cuando se explanan los motivos de hecho y de derecho de la sentencia, y la posterior condena en el dispositivo del fallo por una conducta culposa, o viceversa.

3. Quebrantamiento u omisión de formas no esenciales o sustanciales de los actos que cause indefensión

No cualquier quebrantamiento de formas no esenciales o sustanciales de los actos es motivo de apelación, sólo aquella que cause indefensión. En efecto, si uno de los postulados del actual proceso penal es la celeridad de los juicios, tal objetivo quedaría desvirtuado si cualquier vicio de forma hiciere procedente la impugnación. En tal virtud, sólo las situaciones en que se impide a la parte el ejercicio pleno de su derecho a la defensa, harían procedente la apelación. El efecto de la declaratoria con lugar de este motivo de apelación es la nulidad de la sentencia y la nueva celebración del juicio oral, para lo cual se aplicará la regla del art. 449.

4. Sentencia fundada en prueba obtenida ilegalmente o incorporada con violación a los principios del juicio oral

Procede la nulidad del fallo del tribunal de juicio y debe ordenarse la nueva celebración del juicio oral ante un tribunal distinto, cuando la sentencia recurrida se hubiere fundado en pruebas ilícitas, es decir, practicadas en contravención a la regla del art. 181 del COPP o vulnerando los principios de oralidad, publicidad, concentración, inmediación y contradicción, vale decir, que las pruebas se hubieren incorporado al juicio en forma escrita, reservada o sin presencia de los jueces llamados a decidir, entre otros casos.

Este motivo aparece tratado en la mayoría de los sistemas dentro de la motivación de la sentencia, pues si bien los jueces son libres en la apreciación de la prueba y las partes en la promoción de medios de prueba, ello no exonera al tribunal de la obligación de explanar por escrito en su decisión los motivos que le han llevado a dictaminar en ese sentido, es decir, la apreciación de las pruebas practicadas con base en razonamientos lógicos. Ello permite determinar si el tribunal apreció un hecho no constitutivo de

15 FEBRES CORDERO, Adán (87). "El Recurso de Forma y de Fondo y los Hechos en Casación". En La Nueva Casación Civil Venezolana. Instituto de Actualización Jurídica. Editorial Jurídica Alva. p. 81.

prueba alguna o pruebas ilícitas, esto es, practicadas en contravención de lo previsto en el art. 181 del COPP.

Por otra parte, si una de las exigencias de la motivación es que sea cierta o verdadera, se vulnera este principio cuando la sentencia del tribunal se basa en pruebas inexistentes.

Este control que ejerce la Alzada en materia de pruebas no le faculta, en ningún caso para examinar nuevamente las pruebas apreciadas en la instancia, en todo caso ello daría lugar a la nueva celebración del juicio oral ante un tribunal que deberá apreciar o desestimar tales pruebas.

Cuando el precepto legal que se invoque como violado constituye un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado reclamó oportunamente su subsanación, salvo en los casos de infracciones de garantías constitucionales o de los producidos después de la clausura del debate.

La violación de garantías que solamente hayan sido establecidas en favor del acusado, como es el caso de la necesidad de asistencia técnica, no podrá hacerse valer por el Ministerio Público con la finalidad de obtener una decisión en perjuicio de aquél.

5. Violación de la ley por inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica

La infracción de ley ya sea por falta de aplicación o aplicación errónea constituye un motivo estrictamente de derecho que puede ser controlado por la Corte de Apelaciones.

Esta causal tiene su fundamento en el principio *iura novit curia* y autoriza al tribunal de apelación para indagar la norma aplicable al caso controvertido, analizando también su vigencia y aplicabilidad, configurando jurídicamente los hechos, fijando su naturaleza y sus efectos, o valorando un hecho como culposo o negligente, o como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito[16].

En estos casos, siempre que no haga falta un nuevo juicio oral y público sobre los hechos, la Corte de Apelaciones puede dictar una decisión propia.

4.3.2.1. Interposición y trámite

El recurso de apelación debe proponerse ante el tribunal que dictó la sentencia, en el término de diez días contados a partir de la fecha en que fue dictada o se publicó el texto íntegro de la decisión[17] luego de notificada y en escrito fundado, en el que se debe expresar concreta y separadamente cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende. Fuera de esta oportunidad no puede aducirse otro motivo.

16 Así ha sido reconocido por numerosas sentencias del Tribunal Supremo español. Vid. VARELA GÓMEZ. ob. cit. p. 306.

17 Esta situación opera si el tribunal, conforme a lo previsto en el segundo aparte del art. 347, hubiere diferido la redacción de la sentencia en razón de la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora.

Si se trata de acreditar un defecto de procedimiento sobre la forma en que se realizó el acto en contraposición a lo señalado en el acta del debate o en la sentencia, el recurrente deberá promover como prueba el medio de reproducción a que se contrae el artículo 317, vale decir, el registro, grabación o videograbación que se hubiere realizado, si fuere el caso. Si éste no puede ser utilizado o no se fue empleado, se admitirá la prueba testimonial. La promoción del medio de reproducción debe hacerse en los escritos de interposición o de contestación del recurso, señalando de manera precisa lo que se pretende probar, so pena de inadmisibilidad. El tribunal lo remitirá a la Corte de Apelaciones debidamente precintado.

Presentado el recurso, las otras partes pueden contestarlo en el plazo de cinco días siguientes al vencimiento del lapso para su interposición y, en su caso, promover prueba. El tribunal, dentro del plazo de veinticuatro horas siguientes al vencimiento del anterior, remitirá las actuaciones a la Corte de Apelaciones para que ésta decida.

Recibidas las actuaciones, la Corte de Apelaciones, debe pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso dentro de los cinco días siguentes al recibo de las actuaciones y fijar la celebración de una audiencia oral (a realizarse dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de diez contados a partir del auto de admisión). En este caso, a diferencia de la tramitación de la apelación de autos, la Corte de Apelaciones debe convocar la celebración de la audiencia; en aquel caso, sólo puede convocarla si las partes han ofrecido pruebas para demostrar el motivo de la impugnación y la Corte la estima "necesaria y útil".

Quien haya promovido pruebas para la segunda instancia, tiene la carga de la presentación de dichas pruebas en la audiencia, la cual debe celebrarse con las partes que comparezcan y sus abogados. En esa oportunidad, los jueces pueden interrogar al recurrente sobre las cuestiones planteadas en la impugnación. Si la prueba ofrecida consistiera en la videograbación o medios de reproducción similar, la Corte ordenará su utilización.

La Corte debe resolver motivadamente con la prueba que se incorpore y los testigos que se hallen presentes. El secretario, a solicitud del promovente, expedirá las citaciones o las órdenes que sean necesarias, las que serán diligenciadas por éste.

El tribunal debe decidir al concluir la audiencia o, en caso de imposibilidad por la complejidad del asunto a resolver, dentro de los diez días siguientes.

Si la decisión de alzada declara con lugar el recurso por estimar que se violaron normas relativas a la oralidad, inmediación, concentración y publicidad del juicio o que hubo falta, contradicción o ilogicidad manifiesta en la motivación de la sentencia; anulará la sentencia impugnada y ordenará el enjuiciamiento oral ante un tribunal del mismo circuito judicial, distinto del que la pronunció.

Si la decisión de la corte de apelaciones declara con lugar el recurso por estimar que hubo quebrantamiento u omisión de formas no esenciales o sustanciales de los

actos que cause indefensión, sólo podrá anular la sentencia impugnada y ordenar la celebración de un nuevo juicio oral cuando el quebrantamiento haya ocasionado a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaratoria de nulidad.

Si la decisión de la corte de apelaciones declara con lugar el recurso por resultar acreditado que la sentencia se fundó en prueba obtenida ilegalmente o incorporada con violación a los principios del juicio oral, sólo podrá anular la sentencia impugnada y ordenar la celebración de un nuevo juicio oral cuando tal prueba resulte determinante y fundamental para el dispositivo del fallo.

En caso de que declare que se incurrió en violación de la ley por inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica, la Corte de Apelaciones dictará una decisión propia sobre el asunto con base en las comprobaciones de hechos ya fijadas por la decisión recurrida, siempre que la sentencia no haga necesario un nuevo juicio oral y público sobre los hechos, por exigencias de la inmediación y la contradicción, ante un juez distinto a aquel que dictó la decisión recurrida. Si se trata de un error en la especie o cantidad de la pena, la Corte de Apelaciones debe efectuar la rectificación que proceda.

Cuando por efecto de la resolución del recurso deba cesar la detención de acusado, la Corte de Apelaciones ordenará directamente la libertad.

4.4. Casación

La casación es el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio[18].

Tradicionalmente este recurso extraordinario contra las sentencias definitivas, en su intento por lograr la uniformidad en la aplicación de la ley, ha estado revestido de notables formalidades, esto ha conllevado a que en no pocos casos el tribunal *ad quem* no cumpla con su misión de controlar la justicia de aquellas decisiones que se elevan a su conocimiento y se limite a la consideración de aspectos formales.

Como afirma CAFFERATA, ese exceso debe evitarse, pues si bien es cierto que en la interposición de los recursos (en especial el de casación, que como ya se señaló es de carácter extraordinario) deben observarse condiciones formales, no es lo menos que con ello se procura corregir las injusticias que puedan derivarse de la inobservancia de disposiciones constitucionales, procesales y sustantivas relacionadas con la solución del caso. Este último aspecto debe razonablemente prevalecer sobre el primero, pues es conveniente no dejarse encantar por la simetría de las formas, si se pretende

18 DE LA RUA, Fernando (94). La casación penal. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ediciones Depalma. Buenos Aires. p. 23.

sinceramente, a través del ejercicio de esta instancia de la potestad jurisdiccional, contribuir con el "afianzamiento de la justicia" en relación con el caso concreto[19].

El recurso de casación previsto en el COPP, da lugar a dos consecuencias: la primera es que anula o casa la sentencia de la Corte de Apelaciones y consecuencialmente la sentencia impugnada, ordenando la nueva celebración del juicio oral o la reposición del proceso a fases anteriores. En circunstancias muy excepcionales cuando el error en la aplicación del derecho es evidente, el Tribunal Supremo de Justicia puede dictar directamente el fallo (por ejemplo, en caso de condena por un hecho atípico). En este supuesto el Tribunal puede resolver porque el caso no necesita prueba.

La segunda consecuencia es que mediante el recurso de casación no se entra a controlar la apreciación de la prueba, ésta entendida como un proceso interno del juez. Lo único que controla el Tribunal es la expresión que el tribunal de alzada ha hecho de ese proceso dentro de la fundamentación de su sentencia, el control está limitado pues a determinar si esa expresión o fundamentación de la valoración de la prueba ha seguido los pasos lógicos que normalmente son aceptados como propios de un pensamiento correcto[20].

Según el COPP (art. 451), el recurso de casación sólo puede ser interpuesto en contra de las sentencias de las cortes de apelaciones que resuelven sobre la apelación, sin ordenar la realización de un nuevo juicio oral, cuando el Ministerio Público haya pedido en la acusación o la víctima en su acusación particular propia o en su acusación privada, la aplicación de una pena privativa de libertad que en su límite máximo exceda de cuatro años; o la sentencia condene a penas superiores a esos límites. También se declaran impugnables las decisiones de las cortes de apelaciones que confirmen o declaren la terminación del proceso o hagan imposible su continuación, independientemente que hayan sido dictadas durante la fase intermedia o en un nuevo juicio realizado con motivo de la decisión del Tribunal Supremo de Justicia que haya anulado la sentencia del juicio anterior.

4.4.1. Motivos

El recurso de casación sólo puede fundarse en que la decisión impugnada incurrió en violación de ley, por falta de aplicación, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.

Si el precepto legal que se invoca como violado constituyere un defecto de procedimiento, el recurso sólo podrá ser admitido si el interesado reclamó oportunamente su subsanación, salvo que se trate de infracción de garantías constitucionales o de las producidas después de la clausura del debate.

19 CAFFERATA. ob. cit. p. 224.

20 VILLASEÑOR VELARDE, María Eugenia (95). "El Proceso Penal Guatemalteco". En Propuestas para la Reforma del Proceso Penal Venezolano, Colegio de Abogados del Estado Lara, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. p. 67.

El precepto cuya violación se invoca, puede ser de carácter sustantivo o adjetivo, esto es, puede tratarse de una norma de derecho penal material incriminadora (describe delitos y penas) o integradora (permite la aplicación de las normas incriminadoras) o de derecho penal formal (describe los trámites y procedimiento para la aplicación de la pena).

Por tanto, se recurre con base en este motivo, cuando el juez ha dejado de aplicar una norma jurídica o incurrió en una errónea aplicación; este último supuesto se concreta cuando el hecho no encaja dentro de las previsiones de la norma invocada. De allí que se puede afirmar que la errónea aplicación siempre implicará una inobservancia (de la norma que se adecua al caso concreto).

En su examen sobre los aspectos de derecho, al Tribunal Supremo de Justicia le está vedado el examen de los hechos apreciados en la sentencia (principio de intangibilidad), por tanto, el pronunciamiento del Máximo Tribunal deberá partir del examen jurídico de los hechos fijados en la sentencia, con ello el tribunal de casación se convierte en el "supremo guardián del derecho sustantivo y procesal"[21].

4.4.2. Interposición y trámite

El recurso de casación debe ser interpuesto ante la Corte de Apelaciones, dentro del plazo de quince días después de publicada la sentencia, salvo que el imputado o imputada se encontrare privado o privada de su libertad, caso en el cual este plazo comenzará a correr a partir de la fecha de su notificación personal, previo traslado, mediante escrito fundado en el cual se indicarán, en forma concisa y clara, los preceptos legales que se consideren violados por falta de aplicación, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, declarando de que modo impugna la decisión, con expresión del motivo que la hace procedente, y fundándolos separadamente si son varios. Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo.

Cuando el recurso se funde en un defecto de procedimiento sobre la forma en que se realizó el acto, en contraposición a lo señalado en el acta del debate o en la sentencia, se debe promover la prueba contenida en el medio de reproducción previsto en el art. 317, si fuere el caso; si este no hubiere sido utilizado o no se hubiere empleado, se podrá admitir la prueba testimonial. La promoción se hará en los escritos de interposición o de contestación del recurso señalando de manera precisa lo que se pretende probar.

Presentado el recurso, las otras partes disponen de un plazo de ocho días siguientes al vencimiento del lapso para su interposición para contestarlo y, en su caso, promover pruebas. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de ese plazo la Corte de Apelaciones, remitirá las actuaciones al Tribunal Supremo de Justicia para que ésta decida.

21 DE LA RUA. ob. cit. p. 40.

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia dispone de un plazo de quince días siguientes al recibo de las actuaciones para pronunciarse. Si declara por la mayoría, inadmisible el recurso o manifiestamente infundado, devolverá las actuaciones a la Corte de Apelaciones de origen.

En caso de que se declare admisible, la Sala de Casación Penal deberá convocar a una audiencia oral y pública que se realizará dentro de un plazo no menor de quince días ni mayor de treinta, oportunidad en la que quien haya promovido prueba tendrá la carga de su presentación, salvo que se trate del medio de reproducción previsto en el art. 317, caso en el cual el Tribunal Supremo de Justicia debe disponer su utilización. Las pruebas ofrecidas se recibirán, en lo pertinente, conforme a las reglas del juicio oral, es decir, conforme a lo previsto en el art. 336 y ss. El secretario, a solicitud del promovente, deberá expedir las citaciones u órdenes que sean necesarias, las cuales serán diligenciadas por éste.

La audiencia debe celebrarse con las partes que comparezcan. La palabra, para las conclusiones, será concedida primero al abogado del recurrente. Se admitirá réplica y contraréplica. El Tribunal Supremo de Justicia resolverá sobre el defecto de procedimiento, en su caso, únicamente con la prueba que se incorpore en la audiencia.

El Tribunal Supremo de Justicia deberá decidir al concluir la audiencia o, en caso de imposibilidad por la importancia y la complejidad de las cuestiones planteadas, dentro de los veinte días siguientes.

4.4.3. Efectos de la decisión

4.4.3.1. Con lugar

Son dos los efectos de la declaratoria con lugar del recurso de casación: una decisión propia o la orden de celebrar nuevamente el juicio oral y público o reponer al proceso a una etapa anterior.

a) Decisión propia: Si estima la Sala Penal que no es necesario un nuevo debate sobre los hechos por exigencia de la inmediación y la contradicción, ante un tribunal distinto del que realizó el juicio, puede dictar una decisión propia cuando declare con lugar el recurso fundado en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal.

b) Anulación de la sentencia impugnada y orden de celebrar nuevamente el juicio oral ante tribunal distinto, o reponer el proceso a una etapa anterior: Tiene lugar cuando la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia declare con lugar el recurso por considerar que se incurrió en un vicio del procedimiento.

Si se trata de un error en la especie o cantidad de la pena, el Tribunal Supremo de Justicia deberá efectuar la rectificación que proceda, sin que ello pueda considerarse una violación a la prohibición de *reformatio in peius.*

4.4.3.2. Sin lugar

Si la decisión declara sin lugar el recurso, el Tribunal Supremo de Justicia deberá devolver las actuaciones a la Corte de Apelaciones de origen o al juez o jueza del Tribunal respectivo.

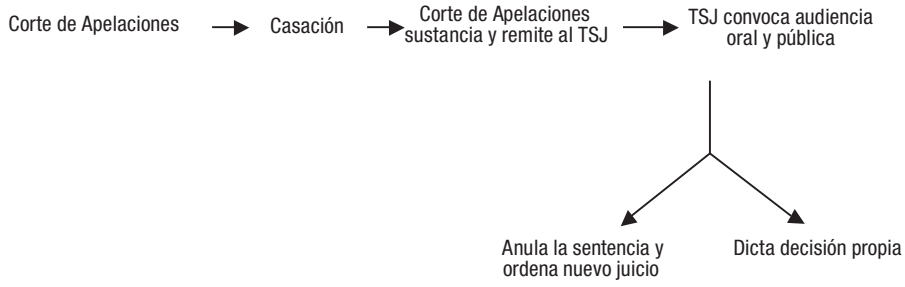
Incorpora el legislador venezolano el principio de *la doble conformidad,* es decir, la inadmisibilidad de recurso alguno, si concurrieren dos sentencias absolutorias; tal prohibición se concreta en caso de que se ordene la apertura de un nuevo juicio en contra de un acusado que haya sido absuelto por la sentencia de primera instancia, y se dicte nuevamente a su favor una sentencia absolutoria. En torno a este principio la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 301 del 1° de agosto de 2003, en la oportunidad de resolver un recurso de interpretación sobre el artículo 468 (actual art 460) del Código Orgánico Procesal Penal, precisó que:

> "el artículo de la doble conformidad prohíbe expresamente la admisión de recurso alguno, en contra de otra decisión absolutoria, dictada dentro de la celebración de un nuevo juicio oral, ordenado mediante una sentencia que declare con lugar el recurso de casación. En tal sentido, debemos acotar que en el caso concreto, presentado por los recurrentes, el artículo de la doble conformidad, no tiene cabida, pues se trata de un proceso en el cual un juzgado de primera instancia en funciones de juicio dicta una sentencia absolutoria la cual es apelada por la parte querellante ante una Corte de Apelaciones, la cual al declarar con lugar el recurso de apelación, anuló la decisión impugnada y ordenó la realización de un nuevo juicio oral y público ante otro juez de primera instancia en funciones de juicio, quien a su vez dictó sentencia absolutoria, la cual es apelada por los abogados querellantes. En consecuencia, en criterio de la Sala sólo es posible aplicar el art. 468 cuando en el nuevo juicio en el que se produce la segunda absolutoria, haya sido ordenado por efecto o como consecuencia de la declaratoria con lugar de un recurso de casación.

Posteriormente, mediante fallo N° 2298 del 21 de agosto de 2003 la Sala Constitucional del Máximo Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

> "La Sala considera determinante la ubicación que tiene el art. 468 en el COPP, por lo que afirma que la doble conformidad sólo existe cuando se agota la doble instancia con dos sentencias absolutorias para el imputado, y siempre que las dos instancias no correspondan a la secuencia regular de un proceso, sino a una causa que juzgada en alzada fue repuesta a la primera instancia, para que de nuevo se realizara un nuevo juicio. Si en ese nuevo juicio (oral) el acusado resulta absuelto y obtiene de nuevo una sentencia absolutoria en ambas instancias (primera y segunda), no procede el recurso de casación. El nuevo proceso, a que se refiere el encabezamiento del artículo 468 del Código Orgánico Procesal Penal, no es sino un nuevo juicio con todas las instancias en que se desarrolla normalmente el proceso penal. En conclusión la Sala sostiene que en el nuevo juicio debe producirse la absolución del encausado en las dos instancias, caso en el cual no será admisible el recurso de casación. La doble instancia es un derecho de las partes, no sólo del imputado. Respecto de este derecho la Sala ratifica el contenido de las decisiones de fechas 15/03/2000 y 25/10/2002."

Si por efecto de la decisión del Tribunal Supremo de Justicia debe cesar la privación de libertad que sufriera el acusado y éste se encontrare presente en la audiencia, el Tribunal deberá ordenarla de inmediato.



4.5. Revisión

4.5.1. Naturaleza jurídica

Se ha discutido en la doctrina la naturaleza jurídica de la revisión, vistas las características propias de la institución. Algunos sostienen que no se trata propiamente de un recurso sino de una "pretensión impugnativa autónoma" (D' ALBORA); que la revisión procede contra las decisiones firmes, a diferencia de los recursos; que en la revisión, los defectos que dan lugar al nuevo examen versan sobre circunstancias fácticas conocidas con posterioridad al fallo que se pretende invalidar, es decir, no se trata de vicios de tipo jurídico.

Quienes se manifiestan afirmativamente por su naturaleza de recurso se fundamentan en que la revisión es un recurso que conlleva a un nuevo examen de lo decidido por el tribunal; que ataca la decisión de un órgano jurisdiccional considerada injusta; y que pone de manifiesto la voluntad de uno de los sujetos intervinientes en el proceso, que se considera agraviado por la decisión, de reemplazarla por otra. Es esta la tesis que acogió el legislador venezolano al incorporar la revisión dentro del Libro Cuarto en el cual regula los recursos admisibles en el proceso penal.

Este recurso es el único procedente contra la sentencia firme, esto es, aquella que ha pasado por la autoridad de cosa juzgada y procede en todo tiempo y únicamente a favor del penado.

Tradicionalmente se han establecido como causales de revisión el descubrimiento de hechos, elementos de prueba o el establecimiento de la falsedad de documentos fundamentales, con posterioridad a la sentencia condenatoria. Este recurso extraordinario que puede afectar la inmutabilidad de la cosa juzgada, constituye un remedio para poner fin a una sentencia injusta fundada en un error judicial.

Salvo el caso de la ley posterior más favorable, ya sea porque quita al hecho el carácter de punible o porque disminuye la pena, la revisión persigue la nulidad de la sentencia dictada y la absolución del penado, bien porque el hecho no se cometió o porque aquél no lo perpetró. Este recurso puede interponerse en los siguientes casos:

1. Cuando en virtud de sentencias contradictorias estén sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito, que no pudo ser cometido más que por una sola;
2. Cuando la sentencia dio por probado el homicidio de una persona cuya existencia posterior a la época de su presunta muerte resulte demostrada plenamente;
3. Cuando la prueba en que se basó la condena resulta falsa;
4. Cuando con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurra o se descubra algún hecho o aparezca algún documento desconocido durante el proceso, que sean de tal naturaleza que hagan evidente que el hecho no existió o que el imputado no lo cometió;
5. Cuando la sentencia condenatoria fue pronunciada a consecuencia de prevaricación o corrupción de uno o más jueces o juezas que la hayan dictado, cuya existencia sea declarada por sentencia firme;
6. Cuando se promulgue una ley penal que quite al hecho el carácter de punible o disminuya la pena establecida.

4.5.2. Legitimados

Están legitimados para interponer el recurso (art. 463):

1. El penado o penada;
2. El cónyuge o la persona con quien el penado mantenga relación estable de hecho;
3. Los herederos, si el penado ha fallecido;
4. El Ministerio Público en favor del penado o penada;
5. Las asociaciones de defensa de los derechos humanos o las dedicadas a la ayuda penitenciaria o postpenitenciaria;
6. El juez o jueza de ejecución cuando se dicte una ley que extinga o reduzca la pena.

La enumeración precedente ratifica el carácter de parte de buena fe del Ministerio Público, pues le incluye dentro de los legitimados para solicitar el recurso de revisión, y tal recurso, como se ha indicado, sólo procede en favor del penado.

4.5.3. Formalidades

El recurso de revisión debe interponerse por escrito que contenga la referencia concreta de los motivos en que se funda y las disposiciones legales aplicables. Junto con el escrito debe promoverse la prueba y acompañarse los documentos.

4.5.4. Órgano competente para declararla

a) Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Penal:

Le corresponde declarar la revisión en caso de que el motivo fuere que, en virtud de sentencias contradictorias, estén sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito, que no pudo ser cometido más que por una sola.

b) Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se cometió el hecho:

Cuando el motivo fuere que la sentencia dio por probado el homicidio de una persona cuya existencia posterior a la época de su presunta muerte resultó demostrada plenamente; que la prueba en que se basó la condena resultó falsa; o en la promulgación de una ley penal que quite al hecho el carácter de punible o disminuye la pena establecida.

c) Juez del lugar donde se perpetró el hecho (en este caso, debe tratarse del Tribunal de juicio):

Cuando el recurso se funde en que con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurrió o se descubrió algún hecho o aparezca algún documento desconocido durante el proceso, que sean de tal naturaleza que hagan evidente que el hecho no existió o que el penado no lo cometió; o cuando la sentencia condenatoria fue pronunciada a consecuencia de prevaricación o corrupción de uno o más jueces que la hayan dictado, cuya existencia sea declarada por sentencia firme.

4.5.5. Trámite

El procedimiento del recurso de revisión debe regirse por las reglas establecidas para el de apelación o el de casación, según el caso. Ello depende del tribunal ante el cual se solicite la revisión.

En caso de que la causal alegada fuere la del numeral 2 del art. 462, en el recurso debe indicarse los medios con que se pretende probar que la persona víctima del presunto homicidio ha vivido después de la fecha en que la sentencia la supone fallecida; y si es la del numeral 4 del mismo artículo, el hecho o el documento desconocido durante el proceso, expresarse los medios con que se pretende acreditar el hecho y acompañarse, en su caso, el documento o, si no fuere posible, manifestar al menos su naturaleza y el lugar y archivo donde se encuentra. El recurso que no cumpla tales requisitos debe rechazarse sin trámite alguno.

Esta incorporación de pruebas no supone una reexamen de las apreciadas para fundar la sentencia condenatoria; aquellas podrán ser consideradas en la medida en que relacionadas con las ahora promovidas permitan modificar la situación jurídica del penado.

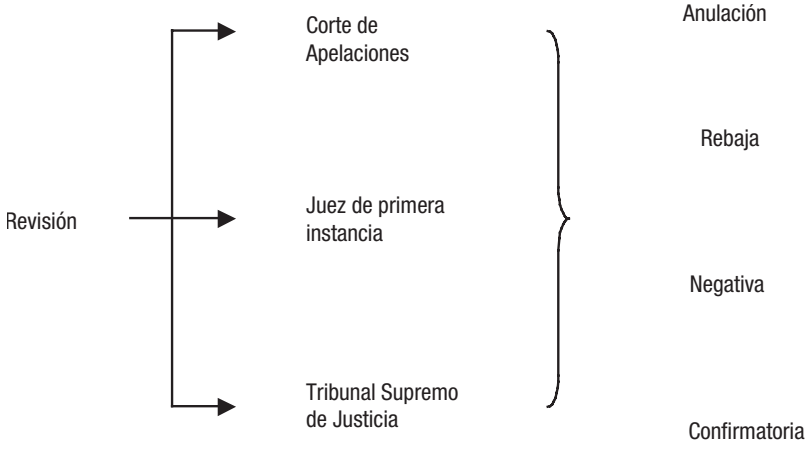
4.5.6. Efectos

Si como consecuencia de la revisión resulta la absolución o la extinción de la pena, el tribunal debe anular la sentencia y dictar una decisión propia. En caso de que se trate de una ley penal que ha disminuido la pena establecida, el tribunal debe hacer la rebaja que proceda.

Cuando la sentencia sea absolutoria el acusado puede exigir que se publique en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, y que se devuelvan, por quien las percibió, las sumas pagadas por concepto de multas, costas e indemnización de perjuicios, en cumplimiento de la sentencia anulada. Además, la sentencia debe ordenar, según el caso, su libertad.

La declaratoria de nulidad de la sentencia impuesta al penado fallecido, permite rehabilitar su nombre afectado por una sentencia injusta y la posibilidad de enjuiciar al verdadero culpable, siempre que la acción penal respectiva no hubiere prescrito.

La negativa de la revisión o la sentencia confirmatoria de la anterior, no impiden la interposición de un recurso fundado en motivos distintos; pero las costas de una revisión rechazada están a cargo de quien la interponga.



LA EJECUCIÓN PENAL XVI

Cuando la sentencia contiene una decisión positiva acerca de la imputación nos encontramos ante una sentencia condenatoria, esa condena supone además una decisión sobre la pena a imponer, cuya cantidad y calidad dependerá de lo establecido en la legislación penal sustantiva[1]. Tal sentencia condenatoria en razón de su naturaleza constitutiva pues desvirtúa la presunción de inocencia que obraba a favor del acusado, es la única que debe ejecutarse, dado que la sentencia absolutoria en razón de su naturaleza mero declarativa y por tanto ratificatoria del estado de inocencia, no es susceptible de ejecución.

1. Naturaleza jurídica

En relación a la naturaleza jurídica de la fase de ejecución de la sentencia se han manejado diversos criterios. Tal como asientan TOME y ALMAGRO NOSETE[2], se ha invocado la tesis administrativa que sostiene que la función judicial termina con la sentencia; la tesis que entiende que la ejecución penal tiene naturaleza netamente jurisdiccional y procesal; las tesis intermedias que mantienen el carácter complejo de la ejecución penal, estimando que pertenece tanto al derecho material como al administrativo y al procesal: al material en lo que concierne a la realización, modificación o extinción de la pretensión punitiva; al administrativo, las normas que regulan la ejecución material de la condena; y al procesal, las normas que regulan las condiciones y presupuestos del cumplimiento de las sentencias penales y, finalmente, un cuarto sector que defiende la autonomía del Derecho Penitenciario debido a la copiosa legislación sobre penas carcelarias y a la conveniencia de sistematizarlas en garantía de los fines de la pena y de los derechos del penado. Basándose en ello se afirma que la ejecución de las penas corresponde al Derecho Penal, al Procesal y al Penitenciario.

En Venezuela tradicionalmente se había considerado la ejecución de la sentencia como un problema netamente administrativo, en el que, por tanto, poca o ninguna intervención tenía en el Poder Judicial; en tal virtud, una vez definitivamente firme la sentencia y librado el respectivo auto de ejecución por parte del tribunal de la causa, el penado salía de la esfera jurisdiccional para ingresar a otra de carácter estrictamente administrativo, en la que escasamente intervenía el juez, salvo los casos de suspensión

1 BINDER (93). Introducción al Derecho Procesal Penal. p. 273

2 TOME J. y ALMAGRO NOSETE, José (94). Instituciones de Derecho Procesal. La Ejecución penal. Tomo Cuarto. Proceso Penal 2. p. 275-276.

condicional de la ejecución de la pena, el confinamiento o la redención de la pena por el trabajo y el estudio.

Por tanto, se había interpretado que la fase de ejecución de la sentencia era administrativa y no jurisdiccional y que el proceso terminaba con la declaratoria de firmeza de la sentencia. Esta postura había posibilitado que, por ejemplo, cuando la derogada Ley Orgánica de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas negaba todas las medidas de libertad a los procesados o condenados por los delitos previstos en esa ley, *en ninguna fase del proceso,* algunos jueces interpretaban que el penado por uno de esos delitos sólo podía acceder a la medida de confinamiento por verificarse esta "cuando ya no había proceso".

Interpretaciones como la precedente fueron objeto de críticas por quienes consideran que atribuir a la fase de ejecución naturaleza administrativa supone que el juez se desentiende de las consecuencias de sus decisiones. Por tanto lo recomendable es judicializar esta fase y atribuírsela a jueces específicos: juez de ejecución o de vigilancia penitenciaria, quien debe velar por el respeto de la legalidad en el cumplimiento de la pena y convertirse en el garante del respeto a los derechos del penado, o como dice CANO MATA[3], el "encargado de salvaguardar las garantías de los penados".

La judicialización de la fase de ejecución penal no supone que las cárceles dependan del Poder Judicial. Se trata de concretar mayores garantías para el penado quien podrá impugnar en sede judicial decisiones que tengan que ver con el cumplimiento o extinción de la pena, lo que en todo caso contribuirá al descongestionamiento de los tribunales de juicio pues éstos se dedicarán sólo a juzgar, descargándoseles de funciones administrativas, entre ellas la ejecución material de la sentencia[4].

2. Fuentes

Una de las debilidades de la etapa de ejecución penal estaba constituida por la dispersión de las fuentes que la regían, lo que se justificaría, en parte, por la coexistencia de diferentes tesis que han tratado de explicar su naturaleza jurídica (carácter judicial o administrativo) lo que conllevó a que las normas relacionadas con la materia se encuentraran disgregadas en el CP, la Ley de Régimen Penitenciario, la Ley de Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el Estudio, el Reglamento de Internado Judiciales y los reglamentos internos de los distintos centros de reclusión, circunstancia que reafirma la tesis de que esta institución corresponde al Derecho Penal, al Procesal y al Penitenciario.

3 C.p. ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina (85). El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Edit. Civitas. Madrid. p. 21.

4 Igual criterio rige actualmente en materia militar, pues con la creación del Circuito Judicial Penal Militar, los Consejos de Guerra Permanentes fueron sustituidos por tribunales de juicio y se crearon los tribunales de ejecución de sentencias (Vid. G.O. N° 38.021 del 13 de septiembre de 2004.)

Uno de los objetivos del COPP fue unificar todo ese régimen, por lo que estimó el legislador que tal objetivo podía cumplirse a través de la creación de un órgano judicial, como lo es el juez de ejecución, en el que se concentraron esas competencias dispersas. Sin embargo, a partir de la creación del Ministerio para el Servicio Penitenciario estas compartidas fueron compartidas con ese órgano del Poder Ejecutivo, lo cual se amplió a partir de la aprobación del COPE, instrumento legal que tiene por objeto, según su artículo 1, "impulsar, promover, regular y desarrollar la organización, administración, funcionamiento y control del Sistema penitenciario(…) a los fines de garantizar a las personas privadas de libertad su rehabilitación integral, progresiva y el respeto a sus derechos humanos, posibilitando su transformación y su reinserción social".

3. Principios que rigen la ejecución penal[5]

1. *Principio de ejecutabilidad.* Reconocido en el numeral 5 del artículo 44 de la Constitución, norma según la cual nadie continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta.

2. *Principio de legalidad.* No puede imponerse y menos aún ejecutarse una pena no prevista previa y expresamente por la ley (art. 1 del CP).

3. *Principio de firmeza.* Es requisito indispensable para la ejecución penal el que la sentencia haya quedado firme.

4. *Principio de iniciación de oficio.* Declarada firme la sentencia el paso siguiente es su ejecución. Sin que nadie lo solicite el órgano competente (en el caso venezolano, el juez de ejecución) debe proceder a ejecutarla.

5. *Principio de que las penas se orientarán a la reorientación y reeducación del penado.* Este postulado lo recoge el art. 2 de la Ley de Régimen Penitenciario.

6. *Principio de variabilidad en la duración de las penas privativas de libertad.* La pena puede durar menos de lo fijado por el tribunal sentenciador, nunca más. Esto podría concretarse en los casos de amnistía, indulto (total o parcial) o cuando el perdón del ofendido tiene efecto extintivo de la pena.

La fase de ejecución penal aparece delineada en el COPP como una fase más del proceso, ello se deduce de la previsión del art. 2 del citado Código, en donde se establece la obligación para los jueces de juzgar y "hacer ejecutar lo juzgado", y al mismo tiempo resulta corroborado por el control jurisdiccional que en la misma se advierte y la concreción en esta fase de algunos de los principios procesales y de procedimiento contemplados en el Título Preliminar del Código adjetivo:

5 VÁSQUEZ G. Magaly y MANZANEDA MEJÍA, Jesús (96). El Nuevo Proceso Penal Venezolano. COPRE. Comisión Presidencial para la Reforma del Estado. Edit. Texto. p. 122-123.

1. *Defensa.* Según el art. 470, el condenado o condenada podrá ejercer, durante la ejecución de la pena, todos los derechos y las facultades que las leyes penales, penitenciarias y los reglamentos le otorgan, planteando ante el tribunal de ejecución todas las observaciones que, con fundamento en aquellas reglas, estime convenientes.

2. *Oralidad y publicidad,* pues a tenor de lo dispuesto en el art. 475, el juez de ejecución puede convocar la celebración de una audiencia pública y oral para resolver sobre algún incidente que tenga que ver con la ejecución o la extinción de la pena o la concesión de alguna medida de libertad. También para el examen de las medidas de seguridad, se prevé la celebración de una audiencia oral (art. 503).

3. *Intervención del Ministerio Público.* Con la intervención del Ministerio Público en esta fase del proceso se refuerza su carácter de parte de buena fe, pues este funcionario es uno de los legitimados para interponer "en favor del reo" el recurso de revisión, único recurso procedente contra la sentencia firme.

4. *Derecho a recurrir.* Contra las decisiones dictadas por los jueces de ejecución procede recurso de apelación, el que será resuelto por las Cortes de Apelaciones (art. 477).

No obstante, como bien asientan MORENO CATENA, *et al*[6], el cambio en la posición del sujeto pasivo del proceso lleva aparejada como lógica consecuencia, que no rijan en la fase de ejecución los principios de contradicción e igualdad, pues el condenado no se halla en pie de igualdad ni podrá entonces contradecir frente al Estado, titular del derecho de castigar, salvo por medio de la revisión, pero tendrá derecho a exigir que la pena se cumpla del modo prevenido por la ley, o instar los incidentes en la ejecución que fueren procedentes.

4. Competencia

La competencia del juez de ejecución aparece determinada por el artículo 471 del COPP, en los siguientes términos:

Al tribunal de ejecución corresponde:

1. Todo lo concerniente a la libertad del penado o penada, las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, redención de la pena por el trabajo y el estudio, conversión, conmutación y extinción de la pena;
2. La acumulación de penas en caso de varias sentencias condenatorias dictadas en procesos distintos contra la misma persona, si fuere el caso.
3. La realización periódica de inspecciones de establecimientos penitenciarios que sean necesarias, y podrá hacer comparecer ante sí a los penados o las penadas con fines de vigilancia y control. Cuando por razones de enfermedad un penado o penada sea trasladado o trasladada a un centro hospitalario, se le hará la visita donde se encuentre.

6 Ver ob. cit. p. 272

En las visitas que realice el Juez o Jueza de ejecución a los establecimientos penitenciarios debe levantar un acta y podrá estar acompañado por fiscales del Ministerio Público. Adicionalmente, debe dictar los pronunciamientos que juzgue convenientes para prevenir o corregir las irregularidades que observe, con lo cual, como afirma NIÑO[7], citando a GARCÍA VALDÉZ, cumpliría las dos misiones fundamentales de un juez de estas características a saber, fiscalizar la actividad penitenciaria y garantizar los derechos de los internos, corrigiendo los abusos y desviaciones que en el cumplimiento del régimen penitenciario pudieran producirse.

A los efectos de la ejecución de la pena privativa de libertad el tribunal de ejecución deberá practicar el cómputo definitivo, con base en las previsiones del art. 40 del Código Penal, descontando de la pena a ejecutar la privación de libertad que hubiere sufrido el penado durante el proceso o la sufrida por el penado en el extranjero, en un procedimiento de extradición con fines de ejecución penal y determinar con exactitud la fecha en que finaliza la condena y, en su caso, la fecha a partir de la cual el penado o penada podrá solicitar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de la misma y la redención de la pena por el trabajo y el estudio. La resolución que dicte deberá notificarla al Ministerio Público, al penado o penada y a su defensor, quienes podrán hacer observaciones al cómputo dentro del plazo de cinco días.

El cómputo es siempre reformable, aún de oficio, cuando se compruebe un error o nuevas circunstancias lo tornen necesario.

Si con ocasión de la ejecución o extinción de la pena o el otorgamiento de una fórmula alternativa de cumplimiento de la pena se planteare algún incidente, el tribunal convocará a una audiencia oral y pública, citando a los testigos y expertos que deban informar durante el debate. De no ser necesaria tal convocatoria, el tribunal decidirá dentro de los tres días siguientes. Contra la resolución dictada procede recurso de apelación, cuya interposición no suspenderá la ejecución de la pena, a menos que así lo disponga la corte de apelaciones.

5. Ejecución de la pena

5.1. Pena privativa de libertad

Una vez recibida la sentencia definitivamente firme del tribunal en funciones de control o de juicio, según corresponda, el tribunal de ejecución debe remitir el cómputo definitivo de la pena al establecimiento penitenciario donde se encuentre el penado o penada, privado o privada de libertad. Si estuviere en libertad y no fuere procedente

7 NIÑO, Luis Fernando(98). "El Juez de Ejecución". En XXIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Nuevo Proceso Penal Venezolano. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. UCAB. UCV. Fundación Konrad Adenauer. p. 395.

la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ordenará inmediatamente su reclusión en un centro penitenciario y, una vez aprehendido o aprehendida, procederá conforme al trámite anterior. En todo caso el Juez o Jueza de ejecución debe notificar al Ministerio Público.

Si el penado o penada debe cumplir la sanción en un lugar diferente al del juez de ejecución notificado, éste debe informar al juez del lugar de cumplimiento y remitir copia del cómputo para que proceda a realizar la correspondiente inspección periódica.

El Ministerio con competencia penitenciaria, puede ordenar el traslado del penado o penada a otro sitio de reclusión, participándolo al tribunal de ejecución correspondiente.

5.2. Multa

Si la pena principal impuesta fuere de multa y el penado no la paga dentro del plazo fijado en la sentencia, el juez de ejecución deberá citarlo para que indique si pretende sustituirla por trabajo voluntario en instituciones de carácter público o solicitar plazo para pagarla, el cual no puede exceder de seis meses. Oído el penado, el tribunal decidirá por auto razonado y en la resolución fijará el tiempo, las condiciones y el lugar en donde cumplirá el trabajo voluntario, dispondrá asimismo las medidas necesarias para el cumplimiento de la decisión y el control de su ejecución.

Si como consecuencia del incumplimiento fuere necesario transformar la multa en prisión, el juez deberá citar al Ministerio Público, al penado y a su defensor, y decidir por auto razonado. Transformada la multa en prisión, con base en las previsiones del artículo 50 del CP, ordenará la detención del penado. Por supuesto, que el penado podrá hacer cesar la prisión en cualquier momento pagando la multa, en cuyo caso deberá deducírsele el tiempo que hubiere pasado en prisión (art. 51 *ejusdem*).

5.3. Inhabilitación

Si la pena impuesta fuere la de inhabilitación para ejercer una profesión, industria o cargo, se le notificará a la autoridad o entidad encargada de controlar su ejercicio, indicándole la fecha de finalización de la condena.

5.4. Indulto[8]

Cuando la autoridad correspondiente[9], condonare la pena (indulto total) o la conmutare por otra inferior (indulto parcial) remitirá al tribunal de ejecución copia auténtica de la disposición por la cual decreta la condonación o la conmutación de la pena. Recibida la comunicación, el tribunal ordenará inmediatamente la libertad o practicará un nuevo cómputo, según el caso.

8 Único aparte del art. 104 del CP.

9 El Presidente de la República, según lo previsto en el numeral 19 del art. 236 de la Constitución.

Contempla el art. 480 que en los casos de indulto, el Ministerio con competencia en materia penitenciaria o la autoridad que el Presidente de la República designe, remitirá al sitio de reclusión copia auténtica de la decisión o Gaceta Oficial contentiva del decreto de indulto, a objeto que se proceda a la inmediata libertad del indultado o indultada, e igualmente se notificará al tribunal de ejecución. Tal regulación no es la procesalmente adecuada pues, siendo que el indulto constituye una causal de extinción de la pena, la libertad debería ser ordenada por el juez de ejecución una vez dictada la decisión respectiva.

Aún cuando el legislador adjetivo no hace mención a la *amnistía,* dado que esta puede dar lugar a la extinción de la pena, a tenor de lo dispuesto en el encabezamiento del art. 104 del CP, consideramos que publicada en Gaceta Oficial la ley de amnistía, el tribunal de ejecución deberá acordar inmediatamente la libertad.

5.5. Perdón del ofendido

Cuando el perdón del ofendido sea causal de extinción de la pena, el tribunal de ejecución ordenará la libertad. Según el art. 106 del CP, el perdón del ofendido sólo extingue la pena en los casos expresamente establecidos por la ley, es esa la situación que regulan el primer aparte del art. 393 y art. 399 del citado Código.

6. Fórmulas Alternativas al Cumplimiento de la Pena

Las fórmulas alternativas al cumplimiento de la pena, a diferencia de las medidas cautelares sustitutivas que se pueden imponer al imputado, constituyen verdaderos beneficios para el penado, pues para esta etapa del proceso ya ha sido desvirtuada la presunción de inocencia que obraba a su favor.

6.1. Régimen progresivo

Conforme al principio de progresividad en el cumplimiento de la pena, la libertad condicional constituye el eslabón que permite su cumplimiento en un régimen de libertad restringida, después de los beneficios de trabajo fuera del establecimiento y destino a establecimiento abierto.

En efecto, en el art. 488 el COPP establece la posibilidad de que el penado pueda optar a diferentes medidas en función del tiempo de pena cumplida; así, si hubiere cumplido la mitad de la pena impuesta podría ser autorizado por el tribunal de ejecución para trabajar fuera del establecimiento. Esta fórmula permite al penado trabajar fuera y pernoctar en el establecimiento penitenciario en el cual está cumpliendo la pena. Si hubiere cumplido por lo menos dos tercios de la pena impuesta podría optar al régimen abierto y, cumplidas por lo menos las tres cuartas partes de la pena impuesta, podía ser favorecido por la libertad condicional. En todo caso, para el otorgamiento de

cualquiera de estas medidas que progresivamente se pueden conceder, la ley adjetiva exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Que no haya cometido algún delito o falta dentro o fuera del establecimiento durante el cumplimiento de la pena.

2. Que el interno o interna haya sido clasificado o clasificada previamente en el grado de mínima seguridad por la junta de clasificación designada por el Ministerio con competencia en materia penitenciaria. La referida Junta estará integrada por el Director o Directora del establecimiento penitenciario, el Jefe de Seguridad y Custodia y tres (3) profesionales escogidos de las siguientes áreas: Derecho, Psicología, Psiquiatría, Criminología, Gestión Social o Trabajo Social, Sociología o Medicina o Medicina integral Comunitaria.

3. Pronóstico de conducta favorable del penado o penada, emitido de acuerdo a la evaluación realizada por un equipo evaluador también designado por el Ministerio con competencia penitencia. Este equipo estará integrada por cinco profesionales seleccionados en las áreas de Derecho, Psicología, Psiquiatría, Antropología, Criminología, Gestión Social o Trabajo Social, Sociología, Medicina, Medicina Integral Comunitaria o afines, y sus informes tendrán validez por el lapso de seis meses. La máxima autoridad con competencia en materia penitenciaria podrá autorizar la incorporación al equipo o Junta de Evaluación en calidad de auxiliares, a estudiantes del último año de las carreras de Psicología, Criminología, Psiquiatría, Gestión Social, Sociología, Medicina, Medicina Integral Comunitaria, siempre supervisados o supervisadas por los especialistas, y en todo caso, podrán formar parte de estos equipos técnicos.

4. Que alguna medida alternativa al cumplimiento de la pena otorgada al penado o penada no hubiese sido revocada por el Juez o Jueza de Ejecución con anterioridad.

5. Que no haya participado en hechos de violencia que alteren la paz del recinto o el régimen penitenciario.

6. Que haya culminado, curse estudios o trabaje efectivamente en los programas educativos y/o laborales que implemente el Ministerio con competencia en materia penitenciaria.

Cuando la condena haya obedecido a la comisión de los delitos de homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra, las fórmulas alternativas consistentes en el trabajo fuera

del establecimiento, el régimen abierto y la libertad condicional sólo podrán otorgarse cuando se hubiere cumplido efectivamente las tres cuartas partes de la pena impuesta.

A los fines de la supervisar y verificar las condiciones laborables y del desempeño personal del penado beneficiario del destacamento de trabajo fuera del establecimiento, el Juez de Ejecución acompañado del personal que designe el Ministerio con competencia penitenciaria, debe visita periódicamente el sitio de trabajo, revisando la constancia, la calidad de trabajo realizado, el cumplimiento de los horarios, la adecuación y constancia del salario.

Aprobado el régimen abierto, el Juez o Jueza de Ejecución solicitará al consejo comunal más cercano a la ubicación laboral del penado o penada, la asistencia necesaria para apoyar su proceso de transformación social y laboral. En el marco de esta asistencia, el consejo comunal procurará brindar asesoría al penado o penada acerca de las características de la comunidad, su historia, sus valores, su identidad cultural, fomentando la identificación del penado o penada con estos rasgos culturales.

Asimismo los líderes comunitarios pueden contribuir a disminuir y minimizar los efectos negativos de la estigmatización social, propia de los prejuicios que rodean la pena privativa de libertad, fortaleciendo los vínculos entre el penado o penada y la comunidad, a través de la participación activa de aquellos o aquellas en las actividades comunitarias.

A fin de otorgar la medida que corresponda el juez de ejecución deberá tomar como base la pena impuesta en la sentencia.

Se establece un régimen especial para los mayores de setenta años quienes pueden terminar de cumplir la pena en el lugar de su residencia cuando hubieren cumplido efectivamente por lo menos cuatro años de pena. Si no pudieren comprobar su edad por los medios establecidos en el Código Civil, podrán solicitar esta medida cuando se demuestre mediante experticia médico-forense, que su edad fisiológica es superior a los setenta años.

Como otra circunstancia que puede dar lugar al otorgamiento de la libertad condicional, previa determinación médica, se considera el caso de que el penado padezca una enfermedad grave o en fase terminal debidamente certificada por el médico forense[10]. En este caso la solicitud deberá ser resuelta por el juez de ejecución dentro de los tres días siguientes a la recepción del dictamen del médico forense.

Es de destacar que en la reforma de 2012 se incrementó el quantum de pena que el penado debe haber cumplido para optar a una fórmula alternativa de cumplimiento, lo cual constituyó una desmejora notable de su situación.

10 Esta posibilidad, consecuencia del principio de humanidad que debe regir en el proceso penal, permite además que se considere como pena cumplida el tiempo que el penado se encuentre en libertad como consecuencia del diagnóstico realizado, si posteriormente recupera la salud u obtiene una mejoría que haga procedente la continuación del cumplimiento de la condena.

Están legitimados para efectuar la solicitud de las fórmulas que integran el régimen progresivo, el penado o su defensor. También podrá ser acordada de oficio por el tribunal, en cuyo caso el juez solicitará al Ministerio con competencia penitenciaria los informes que prevé la ley. Cuando la solicite el penado ante la dirección del establecimiento, ésta remitirá inmediatamente la solicitud a su Ministerio de adscripción.

En el escrito contentivo de la solicitud, el penado, si fuere el caso, deberá señalar el lugar o dirección donde fijará su residencia y demás información que posibiliten su localización inmediata, lo que deberá ser verificado por el tribunal previamente a la concesión del beneficio. De ser acordado, el penado informará previamente acerca de cualquier cambio en los datos aportados, so pena de serle revocada la medida.

6.2. Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena

Esta fórmula, que permite suspender el cumplimiento de la pena durante un periodo mínimo de un año o un máximo de tres, en el cual el penado asume determinadas cargas y se somete al cumplimiento de obligaciones por parte del tribunal, requiere la concurrencia de los requisitos previstos en el art. 482 del COPP. Esta medida puede ser solicitada por el penado, su defensor o acordada de oficio por el tribunal.

Los requisitos legales para el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena son los siguientes:

1. Pronóstico de clasificación de mínima seguridad del penado o penada, emitido de acuerdo a la evaluación realizada por un equipo técnico, constituido de acuerdo a lo establecido en el numeral 3 del artículo 488.
2. Que la pena impuesta en la sentencia no exceda de cinco años.
3. Que el penado o penada, se comprometa a cumplir las condiciones que le imponga el tribunal o el delegado o delegada de prueba.
4. Que el penado o penada presente oferta de trabajo, cuya validez en términos de certeza de la oferta y adecuación a las capacidades laborales del penado o penada, sea verificada por el delegado o delegada de prueba.
5. Que no haya sido admitida en su contra, acusación por la comisión de un nuevo delito, o no le haya sido revocada cualquier formula alternativa de cumplimiento de pena que le hubiere sido otorgada con anterioridad.

El penado a quien se conceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena puede ser sometido durante el régimen de prueba a una o varias de las siguientes obligaciones:

1. No salir de la ciudad o lugar de residencia;
2. No cambiar de residencia sin autorización del tribunal;

3. Fijar su residencia en otro municipio de cualquier estado del país, siempre y cuando esta fijación forzada no constituya obstáculo para el ejercicio de su profesión u ocupación;
4. Abstenerse de realizar determinadas actividades, o de frecuentar determinados lugares o determinadas personas;
5. Someterse al tratamiento médico psicológico que el tribunal estime conveniente;
6. Asistir a determinados lugares o centros de instrucción o reeducación;
7. Asistir a centros de práctica de terapia de grupo;
8. Realizar en el tiempo libre y sin fines de lucro, trabajo comunitario en favor de instituciones oficiales de interés social;
9. Presentar constancia de trabajo con la periodicidad que indique el tribunal o el delgado de prueba;
10. Cualquier otra condición que le imponga el tribunal.

Durante el régimen de prueba el penado estará bajo la supervisión de un delegado de prueba, quien señalará al beneficiario las indicaciones que estime convenientes. El Ministerio con competencia en la materia penitenciaria puede imponer al penado o penada condiciones adicionales a las establecidas judicialmente, en cuyo caso deberá notificarlo inmediatamente al juez.

El delegado de prueba deberá presentar al juez un informe sobre la conducta del penado, al iniciarse y concluir el régimen de prueba, sin perjuicio de informaciones periódicas al tribunal, bien cuando lo estime conveniente o a solicitud del Ministerio Público.

La decisión que acuerde o niegue la suspensión condicional de la ejecución de la pena es apelable. En este caso se seguirá el trámite que para la apelación de autos prevén los arts. 439 y ss. del COPP.

La medida de suspensión condicional de la ejecución de la pena será revocada cuando sea admitida la acusación en contra del condenado o condenada por la comisión de un nuevo delito o cuando incumpliere alguna de las condiciones que le fueron impuestas por el juez o por el Ministerio con competencia penitenciaria. En todo caso antes de la revocatoria debe requerirse la opinión del Ministerio Público.

Concluido el régimen de prueba y verificado por el juez de ejecución el cumplimiento de las condiciones fijadas, deberá decretar la extinción de la pena.

6.3. Redención de la Pena por el Trabajo y el Estudio

El penado que durante el periodo de cumplimiento de la pena haya trabajado o estudiado, siempre que tales actividades se hayan realizado conjunta o alternativamente y dentro del sitio de reclusión, podrá solicitar la redención de su pena. En este caso, conforme a lo dispuesto en el art. 3 de la Ley de Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y Estudio, cada dos días de trabajo o estudio se computarán a razón de un día de reclusión.

Según las previsiones del COPP, el trabajo que realice el penado a partir del cumplimiento efectivo de la condena y que se considere a los efectos de la redención, no podrá exceder de ocho horas diarias[11], debe devengar el salario correspondiente y ser realizado en los talleres y lugares de trabajo del centro de reclusión, para empresas públicas o privadas o entidades benéficas, todas debidamente acreditadas por el Ministerio con competencia penitenciaria. En caso de que el penado trabaje y estudie simultáneamente, se le deben conceder las facilidades necesarias para la realización de los estudios, sin afectar la jornada laboral.

El trabajo y el estudio realizados deben ser supervisados o verificados por el Ministerio con competencia penitenciaria y por el Juez o Jueza de ejecución. A tales fines, se llevará registro detallado de los días y horas que los internos o internas destinen al trabajo y estudio. A estos mismos efectos, los estudios que realice el penado o penada, deberán estar comprendidos dentro de los programas establecidos por los Ministerios con competencia en las materias de Educación, Cultura y Deportes.

De ordinario la redención no conlleva a la libertad inmediata del penado, sin embargo, posibilita cumplir anticipadamente con la cuota de pena exigida para optar a fórmulas como la libertad condicional, confinamiento, etc.

La redención puede ser rechazada cuando la solicitud sea manifiestamente improcedente.

6.4. Disposiciones Generales

En el auto mediante el cual se otorguen las medidas de trabajo fuera del establecimiento, destino a establecimiento abierto, libertad condicional, suspensión condicional de la ejecución de la pena y redención de la pena por el trabajo y el estudio, el tribunal fijará las condiciones que se imponen al condenado, quien en el acto de la notificación debe comprometerse a cumplirlas. En todo caso el tribunal, y en su caso el delegado de prueba, deben vigilar el cumplimiento de las condiciones impuestas, las cuales pueden ser modificadas de oficio por el juez o a petición del penado.

Cualquiera de las citadas medidas puede ser revocada cuando se admita una acusación contra el penado por la comisión de un nuevo delito o por el incumplimiento injustificado de las condiciones impuestas. La revocatoria puede ser declarada de oficio por el tribunal o a solicitud del Ministerio Público o de la víctima del delito por el cual el penado fue condenado o de la víctima del nuevo delito que se le imputa.

11 En aplicación de lo previsto en la normativa laboral, la jornada de trabajo no debe exceder de cuarenta horas semanales

6.5. Confinamiento

Si bien el COPP no se refiere al confinamiento como fórmula del cumplimiento de la pena, esta medida, regulada en el CP, tiene ese carácter[12], sin embargo, dado que otros beneficios permiten en forma más inmediata al penado obtener su libertad, esta figura operaría con carácter residual en los casos en que la ley excluye el otorgamiento de las otras medidas. En efecto, conforme a lo previsto en los arts. 52 y 53 del CP, el confinamiento procede una vez que el penado ha cumplido las tres cuartas partes de la pena impuesta y, según la naturaleza de la pena a la cual se le condenó, haya evidencia de buena conducta o conducta ejemplar, por lo que es lógico suponer que el penado que cumpla con los requisitos para optar a una fórmula alternativa al cumplimiento de la pena que no exija el cumplimiento de una cuota de esta, solicitará aquella con preferencia.

Por otra parte y aun cuando el CP prevé en el art. 53 que la concesión de la medida de confinamiento compete al Tribunal Supremo de Justicia, estimamos que por ser la citada medida una fórmula alternativa al cumplimiento de la pena su otorgamiento y negativa corresponde al juez de ejecución.

7. Ejecución de medidas de seguridad

En la ejecución de medidas de seguridad impuestas conforme al procedimiento especial contemplado en el Título VIII del Libro Tercero del COPP, o conjuntamente con la sentencia condenatoria, debe el juez de ejecución aplicar las reglas aplicables a las penas privativas de libertad, esto es, las normas relativas a la vigilancia, visita y corrección de las faltas que advierta, según lo previsto en los arts. 501 al 503 del citado Código. A tales efectos debe considerar las previsiones de las leyes especiales —como es el caso de la Ley Orgánica de Drogas— en lo relativo a la forma, control y trámites necesarios para la ejecución de las medidas de seguridad, así como todo cuanto respecta al régimen, trabajo y remuneración del sometido a ellas.

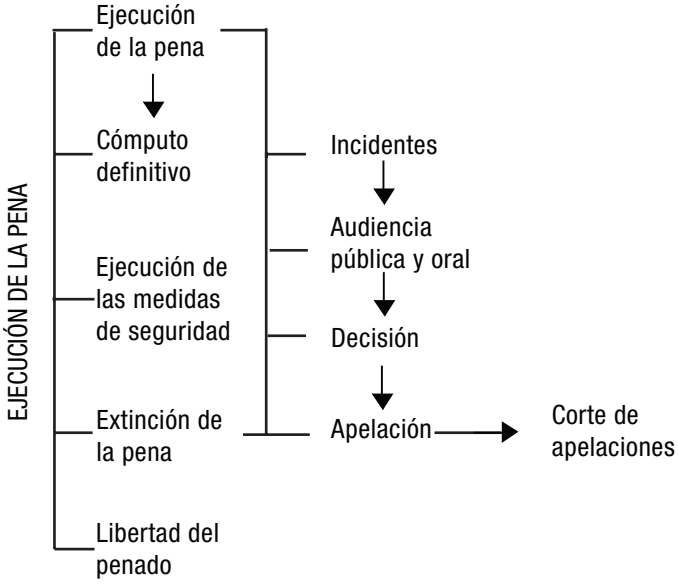
El tribunal de ejecución debe fijar un plazo no mayor de seis meses, a cuyo término examinará periódicamente la situación de quien sufre una medida por tiempo indeterminado; el examen se llevará a cabo en audiencia oral, concluida la cual decidirá sobre la cesación o continuación de la medida.

8. Ejecución civil

A tenor de lo previsto en el art. 422 del COPP "el juez" debe proceder a la ejecución forzosa de la sentencia, según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. Ahora bien, no determina la norma en cuestión a que juez se refiere. Indudablemente no puede

12 Además, por disposición de los arts. 9 y 11 CP constituye una pena principal.

tratarse del juez del tribunal que dictó la sentencia penal y ante el cual se reclamó la reparación del daño o la indemnización de perjuicios, pues tal actividad escaparía a su ámbito de competencia. Por tratarse de una responsabilidad civil derivada de delito, consideramos que la ejecución de la sentencia que ordene la reparación o indemnización corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.



BIBLIOGRAFÍA

ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina (85). *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*. Edit. Civitas. Madrid, España.

ARMENTA DEU, Teresa (95). *Principio Acusatorio y Derecho Penal*. Edit. Bosch.

ARMENTA (2007). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Tercera Edición, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo (96). *Bien Jurídico y Derechos Fundamentales*. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia. Universidad Externado de Colombia.

BARRETO ARDILA, Hernando y BARRETO ARDILA, Blanca (97). *Principios de Derecho Penal*. Límites a las funciones legislativa y judicial. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fé de Bogotá, Colombia.

BAUMANN, Jürgen (89). *Derecho Procesal Penal*. Conceptos fundamentales y principios procesales. Edit. Depalma. Buenos Aires, Argentina.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT Eduardo (95). *El Proceso Penal,* Universidad Externado de Colombia. 3a Edición.

BERZOSA, Victoria (92). *Principios del proceso*. En: Justicia 92, Número III, José María Bosch Editor. Barcelona, España.

BINDER, Alberto (93). *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina.

(93). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina.

(2000). *El incumplimiento de las formas procesales*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan (93). *Victimología: presente y futuro*. Segunda Edición. Edit. Temis.Santa Fé de Bogotá, Colombia.

CAFFERATA NORES, José I (94). *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Marcos Lerner Edit. Córdoba.

(98). *Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*. 2ª Edición Actualizada. Editores del Puerto, S.R.L., Buenos Aires, Argentina.

(2000). *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Editores del Puerto, S.R.L., Buenos Aires, Argentina.

(2003), en: Código Procesal Penal de la Provincia de Córdova Comentado, Tomo I Editorial Mediterránea, Argentina.

CAMPOS CALDERÓN, Federico y CORTÉS COTO, Ronald (2007). El valor probatorio de las declaraciones incriminatorias de coimputados en el proceso penal, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, Costa Rica.

CAVALLERO, Ricardo y HENDLER, Edmundo (88). *Justicia y Participación*. El juicio por jurados en materia penal. Edit. Universidad. Buenos Aires, Argentina.

CHIESA APONTE, Ernesto (95). *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Volumen III. Forum.

CHIOSSONE, Tulio (89). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Venezuela.

CLARIA OLMEDO, Jorge (98). *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, actualizado por Jorge A. Vazquez Rossi, Rubinzal- Culsoni editores, Buenos Aires, Argentina.

CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.028 Extraordinario de fecha 22 de diciembre de 1995.

CÓDIGO ORGÁNICO DE JUSTICIA MILITAR. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.263 Extraordinario de fecha 17 de septiembre de 1998.

CÓDIGO ORGÁNICO PENITENCIARIO (2015). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.207 Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2015.

CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.930 Extraordinario de fecha 4 de septiembre de 2009.

CÓDIGO PENAL. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.768, Extraordinario de fecha 13 de abril de 2005.

COLOMBO, Carlos (96). *La Prueba*. Libro en memoria del Profesor Santiago Sentís Melendo, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, Argentina.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453, Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000.

CÓRDOBA, Fernando (93). "La posición de la víctima", en: *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación,* Compilador Julio B: J. Maier, Editores del Puerto.

CORNEJO, Abel (97). *Teoría de la insignificancia*. Edit. Ad-Hoc.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra la Corrupción, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.155 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.156 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía de Investigación, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Servicio Nacional de Medicina y Ciencias Forenses, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.079 del 15 de junio de 2012.

DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo (97). *La conformidad del acusado.* Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, España.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel (2012), Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados. Testigos imputados y testigos condenados, Thomson Reuters Aranzadi, España.

DE LA RÚA, Fernando (94). *La casación penal*. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina.

DELGADO SALAZAR, Roberto (2004). *Las Pruebas en el Proceso Penal Venezolano*, Vadell Hermanos Editores, 2ª Edición, Valencia-Caracas, Venezuela.

(2005). *La Prueba Penal Anticipada*. Vadell hermanos Editores, Caracas, Venezuela.

DÍEZ-PICAZO, Luis María (2000). *El Poder de Acusar*. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo, Ariel Derecho, Barcelona, España.

EDWARDS, Carlos Enrique (1996). El Arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada. Modificación a la Ley de Estupefacientes. Análisis de la ley 24.424, Editorial AD-Hoc, Buenos Aires.

ESER, Albin (92). "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal". En: *De los delitos y de las víctimas.* Edit. Ad-Hoc.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN (86).

FAIREN GUILLÉN, Víctor (97). *El jurado*. Cuestiones prácticas, doctrinales y políticas de las leyes españolas de 1995. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, España.

FEBRES CORDERO, Adán (87). *El recurso de forma y de fondo y los hechos en casación*. En: La Nueva Casación Civil Venezolana. Instituto de Actualización Jurídica. Editorial Jurídica Alva.

FRONDIZI, Román y DAUDET, María Gabriela (2000), en: Garantías y Eficiencia en la Prueba Penal, Librería Editora Platense, La Plata – Buenos Aires, Argentina.

GARCÍA ITURBE, Arnoldo (69). *Delitos contra la cosa pública y contra la administración de justicia*. En: Volumen III. Colección Tesis de Doctorado. Publicaciones de la Facultad de Derecho. UCV Caracas, Venezuela.

GARCÍA, Luis M. (95). *Juicio oral y medios de prensa*. El debido proceso y la protección del honor, de la intimidad y de la imagen. Edit. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina.

GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (97). *Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición, Editorial Colex, Madrid, España.

GIMENO SENDRA et Al (87) *Derecho Procesal*, Tomo II. Vol. I. El Proceso Penal (1). Tirant Lo Blanch derecho, Valencia, España.

GOLDSTEIN, Raúl (78). *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. Segunda Edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, Argentina.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ Daniel (97). *La investigación preparatoria del Ministerio Público en el nuevo proceso penal costarricense*, en: Ministerio Público, Pena y Estado.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001), en: *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3ª Edición, Editorial Civitas. Madrid, España.

GRAU, Vergé (94). *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. José María Bosch Editor. Barcelona, España.

GUASP DELGADO, Jaime (85). *La pretensión procesal*. Segunda Edición. Cuadernos Civitas. Madrid, España.

HENDLER, Edmundo (96). *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*. Edit. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina.

HORMAZABAL MALAREE, Hernán (92): *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho* (el objeto protegido por la norma penal). Editorial Jurídica ConoSur. Segunda Edición.

HORVITZ LENNON, María Inés (97). "Ministerio Público y Selectividad", en: *Ministerio Público, Pena y Estado,* año 2, número 2, Revista Latinoamericana de Política Criminal.

HOYOS, Arturo (96). *El debido proceso*. Edit. Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan (1995). *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso Penal*. Tirant lo blanch alternativa, Valencia, España.

IRAZU SILVA, José Luis (94). "Principios del juicio plenario contenidos en el Código de Procedimiento Penal Tipo para América Latina y el control en casación de la motivación del fallo". En: *Revista del Colegio de Abogados del Estado Carabobo.* Nueva Etapa. Año Nº 1. Volumen I.

JAUCHEN, Eduardo (2005). *Derechos del Imputado.* Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires

JARQUE, Gabriel Darío (97). *El sobreseimiento en el proceso penal*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina.

LEDESMA, Ángela (2005). ¿Es constitucional la aplicación del brocardo *iura novit curia*? En: *Estudios sobre Justicia Penal*, Homenaje al profesor Julio B.J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires.

LEDEZMA, Rosaly. "Pena y Estado" (97). *Revista Latinoamericana de Política Criminal.*

LEÓN DE VISANI, Eunice (88). *La confesión*. Edit. Principios. Caracas, Venezuela.

LEY DE BENEFICIOS EN EL PROCESO PENAL. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.620 Extraordinario de fecha 25 de agosto de 1993.

LEY CONTRA EL SECUESTRO Y LA EXTORSIÓN. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 39.194 de fecha 5 de junio de 2009.

LEY ORGÁNICA DE DROGAS. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.510 de fecha 15 de septiembre de 2010.

LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Gaceta Oficial N° 6.185 Extraordinario de fecha 8 de junio de 2015.

LEY PENAL DE PROTECCIÓN A LA ACTIVIDAD GANADERA. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.159 Extraordinario de fecha 25 de julio de 1997.

LEY DE POLICÍA DE INVESTIGACIONES PENALES. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.262 Extraordinario de fecha 11 de septiembre de 1998.

LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA (2014). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.548 de fecha 25 de noviembre de 2014.

LIBANO BERISTAIN, Arantza (2011). *Los Delitos Semipúblicos y Privados. Aspectos Sustantivos y Procesales,* J.M. Bosch Editor, Barcelona, España.

MAIER, Julio (78). *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*. Ediciones Depalma, Buenos Aires.

(80). *Función Normativa de la Nulidad*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.

(92). "La víctima y el sistema penal", en: *De los Delitos y las Víctimas.* Edit. Ad-Hoc.

(96). *Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición. Tomo I. Fundamentos. Edit. Del Puerto.

(96). "El sistema acusatorio en Iberoamérica". En: *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.* Universidad Externado de Colombia. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Pontificia Universidad Javeriana. Universidad Libre.

MALDONADO, Pedro Osman (89). *Pruebas penales y problemas probatorios*. Tercera Edición. Editorial Ávila. Caracas, Venezuela.

MARINO, Esteban (93). *Suspensión del procedimiento a prueba*. En: El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (97). *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*. J. M. Bosch Editor. Barcelona, España.

MONTERO AROCA, Juan (96). "La garantía procesal penal y el principio acusatorio" en: *Ensayos de Derecho Procesal.* Edit. Bosch. Barcelona, España.

MONTERO AROCA, Juan et al (98). "Contestaciones al programa de Derecho Procesal Penal para Acceso a las Carreras Judicial y Fiscal", Programa de Derecho Procesal Penal, 2ª Edición, tirant lo blanch, Valencia, España.

MORA MORA, Luis Paulino (95). *Garantías constitucionales en relación con el imputado*. En: Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio Oral en América Latina y Alemania. Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, COPRE. Caracas, Venezuela.

MORAS MON, Jorge (97). *Manual de Derecho Procesal Penal.* Cuarta Edición. Reimpresión. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina.

NEWMAN, Elías (97). *Mediación y Conciliación Penal*. Ediciones Depalma. Buenos Aires,Argentina.

NIÑO, Luis Fernando(98). "El juez de ejecución". En: *XXIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Nuevo Proceso Penal Venezolano.* Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. UCAB-UCV- Fundación Konrad Adenauer.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo (97). *El Período Intermedio del Proceso Penal*. Monografías, Ciencias Jurídicas. Mc Graw Hill. Madrid, España.

PARRA QUIJANO, Jairo (88). *Manual de Derecho Probatorio*. Segunda Edición. Edic. Librería del Profesional. Bogotá, Colombia.

PASTOR, Daniel R (93). "El encarcelamiento preventivo". En: *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nacióna. Análisis crítico.* Edit. Del Puerto. Buenos Aires, Argentina.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando (2005). *Los Principios de Legalidad y Oportunidad*. Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el derecho procesal penal colombiano, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, Bogotá, Colombia.

PICO I JUNOY, Joan (1997). *Las garantías constitucionales del proceso*. 3ª Reimpresión 2002, J.M. Bosch Editor, Barcelona, España.

PUPPIO, Vicente (2006). *Teoría General del Proceso*. Séptima Edición Revisada y Ampliada. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.

QUERALT, Joan (97). *Víctimas y Garantías: Algunos cabos sueltos*. En: Política Criminal y Nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, J.M. Silva Sánchez (ed.). Biblioteca de Derecho Penal. J.M. Bosch Editor.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco (99). *El Proceso Penal* (Quinta Lectura Constitucional). J. M. Bosch Editor, Barcelona, España.

RENGEL ROMBERG, Arístides (96). *El testigo técnico o calificado en el Derecho Venezolano*. Editorial Jurídica Alva. Caracas, Venezuela.

REYES ALVARADO, Yesid (88). *La prueba testimonial*. Primera Edición. Ediciones Reyes Echandía Abogados Ltda. Bogotá, Colombia.

ROCHA ALVIRA, Antonio (87). *Derecho Probatorio*. Facultad de Derecho y de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto (90). *Curso de Derecho Probatorio*. Compendio. Sexta Edición. Edic. Librería del Profesional.

ROXIN, Claus (69). *Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público*. En: El Ministerio Público en el Proceso Penal. Edit. Ad-Hoc.

(2000). *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25a. Edición, Editores del Puerto, S.R.L., Buenos Aires, Argentina.

SAAVEDRA ROJAS, Edgar (95). *Constitución, Derechos Humanos y Proceso Penal*. Las normas rectoras del proceso penal. Tomo I. Reimpresión. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Vocatio in Jus.

SCHÖRBOHM, Horst y LÖSING, Norbert (95). "El Proceso Penal, Principio Acusatorio y Oralidad en Alemania", en: *Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio Oral en América Latina y Alemania,* Fundación Konrad Adenauer. Caracas, Venezuela.

SECO VILLALBA, José (43). *Fuentes de la Constitución Argentina*. Buenos Aires, Argentina.

SENTIS MELENDO, Santiago (1979). *La Prueba, Los grandes temas del Derecho Probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires.

SCHMIDT, Eberhard (2006). Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal, Segunda edición, Traducción castellana del Dr. José Manuel Nuñez, Lerner Editora SRL, Córdoba, Argentina.

TEDESCO, Ignacio (1999). *El derecho de defensa en juicio y el abogado defensor*, en: Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina.

TIEDEMANN, Klaus (84). "El Derecho Procesal Penal", en: *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal,* Edit. Ariel. Barcelona, España.

TOME, J. y ALMAGRO NOSETE, José (94). *Instituciones de Derecho Procesal*. La Ejecución penal. Tomo Cuarto. Proceso Penal 2.

TORRES, Sergio Gabriel (2003). *Nulidades en el Proceso Penal*. 4ª Edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina.

VARELA GÓMEZ, Bernardino (97). *El recurso de apelación penal*. Tirant lo blanch. Valencia. España.

VÁSQUEZ G., Magaly y MANZANEDA MEJÍA, Jesús (96). *El Nuevo Proceso Penal Venezolano*. COPRE. Comisión Presidencial para la Reforma del Estado. Edit. Texto.

VÁSQUEZ G., Magaly (99). "El control de la acusación". En: *Segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal.* La Vigencia Plena del Nuevo Sistema. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.

(2005). *Fase Intermedia, Rol del Juez y Derecho a la Defensa.* VI Congreso Venezolano de Derecho Procesal, Homenaje al Dr. Alberto La Roche, Instituto Venezolano de Derecho Procesal (INVEDEPRO), Instituto Zuliano de Derecho Procesal (INZUDEPRO).

(2006). "Efectos del vencimiento de los plazos para la presentación de los actos conclusivos". En: *IX Jornadas de Derecho Procesal Penal.* Estado Actual del proceso Penal Venezolano, Situación de las Leyes Especiales. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.

(2016). Procedimientos Penales Especiales. Colección Letraviva, AB UCAB Ediciones, Caracas, Venezuela.

VILLASEÑOR VELARDE, María Eugenia (95). "El Proceso Penal Guatemalteco". En: *Propuestas para la Reforma del Proceso Penal Venezolano,* Colegio de Abogados del Estado Lara. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara.

VITALE, Gustavo (2004). Suspensión del proceso penal a prueba, 2ª Edición Actualizada, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, SRL.

Este ejemplar
se terminó de imprimir en
Caracas en mayo del año 2019.
Para su diseño se utilizó la tipografía
Adobe Garamond Pro 10 ptos., ha sido impreso
sobre Papel Saima White. Se imprimieron
500 ejemplares, en los talleres de
Impresos Miniprés, C.A.